٢١٧ر٤ تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، تأليف الزيلعي،
ت ٠ ز عثمان بن علي - ٧٤٣هـ بخط محمد بن مصطفى
ارنوت ١١٣١هـ
ج٢ (٣٣٥ق) ٣٨ س ٣٨×٥ر٢٠سم
نسخة جيدة، خطها نسخ حسن، أوراقها مفككة،
٦١٢٧
طبع.
الأعلام ٤: ٣٧٣ الظاهرية (فقه حنفي ١) : ١١٦
١- المذهب الحنفي، فقه المذاهب الاسلامية
أ- المؤلف ب- الناسخ ج- تاريخ النسخ
د- شرح كنز الدقائق.

٢١٤/٧




King Saud University 1957
جامعة الملك سعود

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب البيع

وهو من الاضداد يقال باع كذا اذا اخرجه عن ملكه او ادخله وفي الخبر قال عليه السلام لا يخطب الرجل على خطبة اخيه ولا يبيع على بيع اخيه اي لا يشتري على شراء اخيه لان المنهي عنه هو الشراء لا البيع قال العزيز وقيل ان الشابه للرابح من باعه والبيت ليس لبايعه بتجارة وقيل في الغالب على اخراج البيع عن الملك وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي وهذا في الشرع وفي اللغة هو مطلق المبادلة من غير تقييد بالتراضي وكونه مقيدا به ثبت شرعا لقوله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض منكم وهو جائز ثبت جوازه بالكتاب والسنة واجماع الامة اما الكتاب فما تلونا وقوله تعالى واحل الله البيع وحرم الربوا واما السنة فما روي انه عليه الصلاة والسلام باع قدحا وحلسا وكان الناس يتبايعون فاقرهم عليه واما الاجماع فلان الامة اجمعت على جوازه وانه احد اسباب الملك قال وينعقد بالايجاب والقبول وقال الشافعي لا يلزم به بل لهما خيار المجلس لقوله عليه الصلاة والسلام المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا اذ هما متبايعان بعد البيع وقبله متساومان ولنا ان العقد تم من الجانبين ودخل البيع في ملك المشتري فالفسخ بعده لا يكون الا بالتراضي لما فيه من الاضرار بالاخر بابطال حقه كسائر العقود وما رواه محمول على خيار القبول فانه اذا اوجب احدهما فلكل منهما الخيار ما داما في المجلس ولم ياخذ في عمل اخر وفي لفظه اشارة اليه فانهما متبايعان حالة البيع حقيقة وما بعده او قبله مجاز كما يراه سماه الفاعل المتجاذبين والمتضاربين فيكون التفرق على هذا بالاقوال كما في قوله تعالى وان يتفرقا يغن الله كلا من سعته لانه اذا طلقها على مال تحمل الفرقة بقبولها هذا تاويل محمد قال ابو يوسف هو التفرق بالابدان بعد الايجاب قبل القبول وقال عيسى هذا ولي ما عهدنا في الشرع ان الفرقة موجبة للفساد كما في الصرف قبل القبض وما ذكره يوجب التمام ولا نظير له في الشرع فكان ما ذكرنا اولى بكونه مرادا وما روي عن ابن عمر انه كان اذا بايع وبيا رفي خطوات خشية التراد تاويل منه وتاويل الصحابي عندنا لا يكون حجة او يجوز ان يكون فعل ذلك ليقطع الاحتمال حتى لا يحتج عليه الاخر بذلك فينقطع الاحتمال بيقين احتياطا لئلا يحمله بمخالفته عليه لان مذهبهم كذلك بدليل انه قال ما ادركت الصفقة حيا فهو من مال المبتاع اي اذا هلك بعدها وقال عليه الصلاة والسلام من ابتاع طعاما فلا يبيعه حتى يقبضه من غير قيد به واما قوله اذ هما متبايعان بعد البيع فقد ذكرنا ان الحقيقة فيه حالة البيع ولانه يحتمل انه عليه الصلاة والسلام سماهما متبايعين لقربهما من البيع كما سمى العصير خمرا واسمعيل عليه الصلوة والسلام ذبيحا وانما كان له خيار القبول لانه لو لم يكن له الخيار لزم البيع من غير اختيار الاخر ولدخل في ملكه وليس ذلك في وسع الموجب وللموجب ان يرجع في هذه الحالة لانه ليس فيه ابطال حق الغير بخلاف ما اذا نقض الاصيل الدين للكفيل قبل ان يقضي الكفيل او دفع الزكوة الى الساعي قبل الحول حيث لا يكون لهما ان يرجعا فيه لان حق الكفيل والفقير تعلق به على تقدير ان يقضي الدين وان يتم الحول والنصاب تام فلا يملك ابطاله وينعقد بكل لفظ ينبئ عن التحقق كبعت واشتريت او رضيت او اعطيتك او خذه بكذا والارسال والكتاب كالخطاب حتى يعتبر مجلس اداهما وليس له ان يقبل بعض البيع دون البعض وان فصل الثمن الا اذا كرر البائع لفظ بعت مع ذكر الثمن لكل واحد عند ابي حنيفة وعندهما له ذلك ان فصل الثمن بان قال بعتك هذين كل واحد بكذا بناء على ان البيع يتعدد بتكرار لفظ بعت عنده وعندهما بتفصيل الثمن وكذا ليس له ان يفرق في القبض عند اتحاد العقد بان يقبض البعض بابرائه او تاجيله قال وبالتعاطي اي يلزم بالتعاطي ولا فرق بين ان يكون البيع خسيسا او نفيسا وزعم الكرخي انه ينعقد به في الشيء الخسيس لجريان العادة ولا ينعقد في النفيس لعدمها والصحيح الاول لان جواز البيع باعتبار الرضا لا بصورة اللفظ وقد وجد التراضي من الجانبين فوجب ان يجوز ثم اختلفوا فيما يتم به بيع التعاطي قيل يتم بالدفع من الجانبين وعن محمد انه يكفي تسليم احدهما قال واي قام عن المجلس قبل القبول بطل الايجاب معناه اذا اوجب احدهما البيع ثم قام احدهما الموجب او الاخر قبل القبول بطل الايجاب لان القيام دليل الاعراض والرجوع فيبطل به كما في عقود المبادلة بخلاف الخلع والعتق على مال حيث لا يبطل بقيام الزوج والمولى لانه يمين من جهتهما والقبول شرط والايمان لا تبطل بالقيام وعندنا في خيار القبول

لايمتد

لا يمتد الى اخر المجلس بل هو على الفور ولنا انه يحتاج الى التروي والفكر والتامل فجعل ساعات المجلس كساعة واحدة اذ هو جامع للمتفرقات وبه يندفع الحرج وفيما قاله الشافعي حرج بين وهو منتف بالنص قال الله تعالى يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر وقال عليه السلام يسروا ولا تعسروا قال ولا بد من معرفة قدر ووصف ثمن غير مشار لان جهالتهما تفضي الى النزاع المانع من التسليم والتسلم فيخلو العقد عن الفائدة وكل جهالة تفضي اليه تكون مفسدة قال لا مشار اي لا يحتاج الى معرفة القدر والوصف في المشار اليه من الثمن او المبيع لان الاشارة ابلغ اسباب التعريف وجهالة وصفه وقدره بعد ذلك لا تفضي الى المنازعة ولا تمنع الجواز لان العوضين حاضران بخلاف الربوي اذا بيع بجنسه حيث لا يجوز جزافا لاحتمال الربوا وبخلاف راس مال السلم حيث لا يجوز اذا كان من المقدرات الا ان يكون معروف القدر عند ابي حنيفة على ما يجيء بيانه في موضعه قال وصح بثمن حال وباجل معلوم معناه اذا بيع بخلاف جنسه ولم يجمعهما قدر لقوله تعالى واحل الله البيع من غير فصل وعنه عليه السلام انه اشترى من يهودي الى اجل ورهنه درعه ولا بد من ان يكون الاجل معلوما لان الجهالة فيه تفضي الى المنازعة قال ومطلقه على النقد الغالب اي مطلق الثمن يقع على غالب نقد البلد ومراده من الاطلاق هنا ان يكون مطلقا عن قيد البلد وعن قيد وصف الثمن بعد ان سمى قدره بان قال عشرة دراهم مثلا فاذا كان كذلك ينصرف الى المتعامل به في بلده لان المعلوم بالعرف كالمعلوم بالنص لا سيما اذا كان فيه تصحيح تصرفه قال وان اختلف النقود فسد ان لم يبين وهذا اذا كان الكل في الرواج سواء وفي المالية مختلفة لان مثل هذه الجهالة مفضية الى المنازعة فتفسد الا ان ترتفع بالبيان فان كانت في الرواج مختلفة ينصرف الى غالب نقد البلد على ما بينا وان كانت في المالية سواء جاز البيع كيف ما كان غير انه ان كان احدهما اروج انصرف اليه لما ذكرنا وان كانت في الرواج سواء كالاحادي والثنائي والثلاثي جاز لان مالية كل واحد سواء غير ان الاول كل واحد منه بدرهم والثاني كل اثنين منه بدرهم والثالث كل ثلاثة منه بدرهم ونظيره الكاملي والعادلي والظاهري والمنصوري والناصري اليوم بمصر فاذا اشترى بدراهم معلومة فاعطى من ايها شاء جاز لانه لا منازعة فيها لا اختلاف في المالية قال ويباع الطعام كيلا وجزافا لانه بكل واحد منها يصير معلوما اما الكيل فظاهر واما الجزاف فلما بينا في المشار اليه ومراده بالجزاف اذا باعه بخلاف جنسه ولم يكن راس مال السلم على ما بيناه في المشار اليه وبجنسه لا يجوز الا اذا كان قليلا وهو ما دون نصف الصاع قال وباناء او حجر بعينه لا يعرف قدره لان هذه الجهالة لا تفضي الى المنازعة وهي المانعة لا مجرد الجهالة فصار كالجازفة وكبيع شيء لا يعرف وصفه بالاشارة ولا يتوهم هلاكه قبل التسليم لان تسليمه يجب في المجلس بخلاف السلم لان التسليم فيه متاخر الى حلول الاجل فيحتمل هلاكه والاحتمال فيه ملحق بالحقيقة وهذا اذا كان الاناء لا ينكبس بالكبس ولا ينقبض ولا ينبسط كالقصعة والخزف اما اذا كان ينكبس كالزنبيل والقفة فلا يجوز الا في قرب الماء استحسانا للتعامل فيه روى ذلك عن ابي يوسف وكذا اذا كان الحجر تتفتت وكذا اذا باعه بوزن شيء يخف اذا جف كالخيار والبطيخ وعن ابي حنيفة وابي يوسف لا يجوز بوزن حجر ولا باناء لا يعرف مقداره لانه جزاف وشرط جواز الجزاف ان يكون مميزا مشارا اليه ولو كاله به ورضي المشتري به جاز لانه صار مميزا مشارا اليه وان باعه بعد ذلك قبل ان يعيد الكيل جاز لانه اشتراه مجازفة فكان المستحق هو المشار اليه قال ومن باع صبرة طعام كل صاع بدرهم صح في صاع بدرهم وهذا عند ابي حنيفة وقالا جاز في الكل لان المبيع معلوم بالاشارة لان الاشارة اليه لا يحتاج الى معرفة مقداره لجواز البيع وجهالة الثمن بايديهما رفعها فيجوز كما لو باع عبدا من عبدين على ان ياخذ ايهما شاء بخلاف ما اذا اجر داره كل شهر بدرهم حيث لا يجوز الا في شهر واحد لان الشهور لا نهاية لها ولا يمكن ازالة الجهالة فيها فينصرف الى الاقل كما اذا قال لفلان علي كل درهم يلزمه درهم واحد بخلاف ما اذا قال كل امراة اتزوجها طالق حيث ينصرف الى الكل لعدم افضائه الى المنازعة ولابي حنيفة ان الثمن مجهول وذلك مفسد غير ان الاقل معلوم فصح فيه المتيقن به وما عداه مجهول فيفسد كما لو باع الثوب بقيمته بخلاف ما استشهدا به لان الواقع

الجهالة هنا وهو الكيل متاخر عن العقد وفي ذلك مقارن لان اختياره موجود حالة التبايع ثم اذا جاز في قفيز واحد عنده يثبت له الخيار لتفرق الصفقة عليه ولو كاله في المجلس جاز بالاجماع لزوال المانع قبل تقرر الفساد وكذا اذا سمى جملة القفزان وله الخيار فيهما لانه علم في ذلك الوقت فصار كما لو ظهر له بالايجاب وكما اذا اشترى ما لم يره وان افترقا قبل ان يعرف فسد فلا ينقلب صحيحا بعد المجلس بخلاف ما اذا شرط الخيار اربعة ايام حيث يعود صحيحا باسقاط المفسد بعد الافتراق لان المفسد فيه لم يتمكن في صلب العقد بل باعتبار اليوم الرابع فيعود صحيحا قبل مجيئه وهنا تمكن فيه فتقيد بالمجلس **قال** ولو باع ثلة اي جماعة ومراده من الغنم او ثوبا كل شاة بدرهم او كل ذراع بدرهم فسد في الكل وهذا عند ابي حنيفة وعندهما يجوز في الكل لما ذكرنا ان رفع هذه الجهالة بايديهما لما ان لها نهاية وله ما ذكرنا من الجهالة الا ان الواحد متيقن به فينصرف اليه غير ان افراد الشاة متفاوتة فلا يجوز بيع واحد منها فيفسد وقطع ذراع من ثوب يكون ضررا على الباقي فلا يجوز كما لو باع جذعا من سقف وعلى هذا كل عددي متفاوت **قال** ولو سمى الكل صح في الكل يعني لو سمى جملة في العقد جاز في الكل في الفصلين في فصل الصبرة وفي فصل الشاة ونحوه لزوال المانع وكذا اذا سمى بعد العقد في المجلس لما ذكرنا وهو يتاتى على قوله وعلى قولهما لا يتاتى لجوازه بدونه **قال** ولو نقص كيل اخذ بحصته او فسخ وان زاد فللبايع يعني لو باع صبرة وسمى جملتها بان قال بعتها على انها مائة قفيز بمائة درهم ثم وجدها ناقصة اخذ الموجود بحصته الى اخره لان هذا من المقدرات فيتعلق العقد بقدرها وان لم يسم قسط كل قفيز فاذا تعلق بقدرها فان وجدها ناقصة فله الخيار ان شاء اخذها بحصتها وان شاء تركها لتفرق الصفقة عليه وان وجدها زائدة فالزائد للبايع لانه لم يدخل في البيع لان القدر المسمى فيبقى على ملكه اذ القدر ليس بوصف **قال** ولو نقص ذراع اخذ بكل الثمن او ترك وان زاد فللمشتري ولا خيار للبايع معناه اذا باع مذروعا وسمى جملة الذرعان ولم يسم لكل ذراع ثمنا ثم وجده ناقصا اخذه بكل الثمن وان شاء ترك الى اخر ما ذكرنا لان الذرع وصف للمذروع فلا ينقسم الثمن على الاوصاف فيكون كل الثمن مقابلا بالعين كلها بخلاف الاول غير انه ان وجده ناقصا ثبت له الخيار لفوات وصف مرغوب فيه مشروط في العقد وان وجده زايدا فهو له بذلك الثمن لان الوصف لا يقابله شيء من الثمن ولا خيار للبايع كما اذا شرط معيبا فوجده سليما وبالعكس وهو ما اذا شرط سليما فوجده معيبا للمشتري الخيار والدليل على انه وصف انه عبارة عن الطول والعرض ويجوز للمشتري ان يبيعه بعد القبض قبل ان يذرعه ولو كان قدرا لما جاز لاحتمال ان يزيد فيكون للبايع كما في المكيل والموزون **قال** ولو قال كل ذراع بكذا ونقص اخذ بحصته او ترك وان زاد اخذ كل ذراع بكذا او فسخ معناه انه اذا قال بعتكه على انه عشرة اذرع كل ذراع بدرهم مثلا فوجده ناقصا فهو بالخيار ان شاء اخذه بحصته وان شاء تركه وان وجده زائدا اخذه كل ذراع بدرهم او فسخ لان الذراع ان كان وصفا يصلح ان يكون اصلا لانه عين ينتفع به بانفراده فاذا سمى لكل ذراع ثمنا جعل اصلا والا فهو وصف فاذا صار اصلا فان وجده ناقصا اخذه بحصته ويثبت له الخيار لتفرق الصفقة عليه وان وجده زايدا فهو بالخيار ايضا ان شاء اخذه كله كل ذراع بدرهم وان شاء تركه لانه ان حصل له الزيادة في المبيع تلزمه الزيادة في الثمن فكان فيه نفع يشوبه ضرر وليس له ان ياخذ القدر المسمى ويترك الزايد لان التبعيض يضره بخلاف الصبرة الا ترى انه لا يجوز ان يبيع بعض المذروع ابتداء وفي الصبرة يجوز ولما كان الذراع يصلح ان يكون اصلا اعتبر اصلا في حق انقسام الثمن على الذرعان وبقي وصفا في حق غيره من الاحكام كدخول الفاضل في البيع وان سمى لكل ذراع ثمنا **قال** وفسد بيع عشرة اذرع من دار لا اسهم اي لا يفسد بيع عشرة اسهم من دار وهذا مشكل فانه لو باع عشرة اسهم من دار او غيرها ولم يقل من مائة سهم ونحوه يفسد لانه مجهول لا يعرف نسبته الى جميع الدار بخلاف ما اذا قال عشرة اسهم من مائة سهم او من ثلاثين مثلا حيث يجوز لانه معلوم عشر او ثلث ولعل الشيخ رحمه الله قصد هذا ولكن اجحافه في الاختصار ادى اليه وقوله وفسد بيع عشرة اذرع من دار قول ابي حنيفة

ولا يقال البايع رضي بالتبعيض بالبيع لهما لانا نقول رضي بالتبعيض في ملكهما لا في ملك نفسه فلا يدل على الرضى به في ملكه الا ترى ان المشتري لو زوج الامة المشتراة ثم وجد بها عيبا ليس له ان يردها على البايع لحدوث العيب عنده وهو التزويج وان حصل بتسليطه ورضاه لما قلنا فان قيل هذا العيب حدث عند البايع قبل القبض والعيب الحادث قبل القبض لا يمنع الرد قلنا هذا عيب حدث بفعل المشتري وهو يمنع الرد وان حدث في يد البايع **قال** ولو اشترى عبدا على انه خباز او كاتب فكان بخلافه اخذه بالثمن او تركه لان هذا وصف مرغوب فيه فيستحق بالشرط في العقد ثم فواته يوجب التخيير لانه لم يرض به دونه بخلاف ما لو باع شاة على انها حامل او تحلب كذا وكذا رطلا حيث يفسد البيع لانه ليس من قبيل الوصف وانما هو من قبيل الشرط الفاسد اذ لا يعرف ذلك حقيقة لانه يحتمل انه لبن او حمل او انتفاخ حتى لو شرط انها حلوب او لبون لا يفسد لانه وصف ولو قال يخبز كذا صاعا او يكتب كذا قدرا يفسد لما ذكرنا وشرطه ان يقدر على الكتابة والخبز قدر ما ينطلق عليه اسم الكاتب والخباز وان كان لا يحسن ذلك قدر ما ينطلق عليه الاسم فله الخيار ان شاء اخذه وان شاء رده لما قلنا وان قال البايع عند الرد كان يحسن ذلك لكنه نسي عندك فالقول قول المشتري لان الاصل عدم الخبز والكتابة فكان الظاهر شاهدا له ولو باعه من غير ان يشترط الكتابة والخبز وكان يحسن ذلك فنسيه في يد البايع قبل التسليم رده عليه لانه استحق تسليمه على الصفة التي ورد عليها العقد فاذا نسيه فقد تغير المبيع قبل القبض فيرده وعلى هذا لو اشترى جارية على انها طباخة او نحوه في جميع ما ذكرنا من الاحكام ثم في كل موضع يثبت له الخيار فيه اذا اختار الاخذ اخذه بجميع الثمن لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن لكونها تابعة في العقد اذ الجنس متحد ولهذا لا يفسد به العقد ولو اختلف لفسد على ما يجيء بيانه في البيع الفاسد ان شاء الله تعالى

باب خيار الرؤية

قال رحمه الله ومن اشترى ما لم يره جاز وله ان يرده اذا رآه وان رضي قبله وقال الشافعي لا يجوز البيع لان المبيع مجهول اذ لم يعرف منه الا الاسم فصار كما اذا لم يشر اليه ولا الى مكانه وهو معدوم لما ذكرنا وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الانسان اي ما ليس بحاضر عند المتبايعين مرئي للمشتري ولنا قوله عليه السلام من اشترى ما لم يره فله الخيار اذا رآه ولان الجهالة فيه لا تفضي الى المنازعة لانه ان لم يوافقه رده فصار كجهالة الوصف في المشاهد المعاين والمراد بالنهي عن بيع ما ليس عند الانسان ما ليس في ملكه بدليل قصة الحديث فان حكيم بن حزام قال يا رسول الله ان الرجل يطلب مني السلعة ليست عندي فابيعها منه ثم ادخل السوق فاستجيدها فاشتريها فاسلمها اليه فقال عليه السلام لا تبع ما ليس عندك واجمعنا على انه لو باع عينا حاضرة غير مملوكة له لا يجوز وان ملكها فيما بعد ولو كان كما زعم لجاز ولو باع عينا غائبة وكان المشتري رآها قبل ذلك جاز فبطل زعمه طردا وعكسا وقوله وان رضي قبله متصل بما قبله اي له الخيار اذا رآه وان كان رضي قبل ان يراه لان الخيار معلق بالرؤية لما روينا فلا يثبت قبلها ولان الرضى بالشيء قبل العلم باوصافه لا يتحقق فلا يعتبر قوله رضيت قبل الرؤية بخلاف فسخه يعتبر قبل الرؤية لكونه عقدا غير لازم فينفسخ لذلك لا بموجب الخيار **قال** رحمه الله ولا خيار لمن باع ما لم يره وكان ابو حنيفة اولا يقول له الخيار لان البيع يتم برضا المتعاقدين فاذا انتفى رضى احدهما لعدم الرؤية فكذا رضى الاخر اذ لا يثبت به الملك ولا يزول به الا بالرضاء وهو بالعلم باوصاف المبيع وذلك بالرؤية ولانه خيار يثبت لاحد المتعاقدين فوجب ان يثبت للاخر اعتبارا بخيار الشرط وخيار العيب ثم رجع عنه وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز بيع ما لم يره اصلا قولا واحدا ولنا المرجوع اليه ان عثمان بن عفان باع ارضا بالبصرة من طلحة بن عبد الله فقيل لطلحة غبنت فقال لي الخيار لاني اشتريت ما لم ار وقيل لعثمان انك قد غبنت فقال لي الخيار لاني بعت ما لم اره فحكما بينهما جبير بن مطعم فقضى بالخيار لطلحة وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم من غير نكير فكان اجماعا ولان خيار الرؤية تعلق برؤية المشتري فيما روينا فلا يثبت بدونه ولان خيار الرؤية انما يثبت للمشتري باعتبار انه يظنه خيرا مما رآه فيرده لفوات الوصف المرغوب فيه ولو رده

البايع لرده باعتبار انه ازيد مما ظنه والخيار لا يثبت بمثله كما لو باع عبدا على انه معيب فاذا هو سليم لا يثبت للبايع
فيه الخيار قال ويبطل بما يبطل خيار الشرط اي يبطل خيار الروية بما يبطل به خيار الشرط من التصريح والدلالة
ومراده بعد الروية واما قبلها فلا يسقط وان صرح به الا في ضمن بعض التصرفات لتعذر الفسخ على ما نبين وقال
بعضهم اذا راه وتمكن من الفسخ ولم يفسخ سقط خياره ولزم البيع وان لم يوجد منه الاجازة صريحا ولا دلالة
لان سبب ثبوت هذا الخيار جهالة اوصاف المبيع بدليل انه لو راه قبل العقد لا يكون له الخيار والجهالة تزول
بالروية والخيار يسقط بزوال سببه كخيار العيب يسقط بزوال العيب وكان ينبغي ان لا يملك فسخه بعد الروية
متصلا بها لزوال سببه الا انه ملك الفسخ لدفع الضرر عن نفسه للضرورة وهذه الضرورة تزول بعد ما
يتمكن من الفسخ والصحيح انه مطلق غير موقت بالزمان فيكون له الفسخ في جميع عمره ما لم يسقط بالقول او بفعل يدل
على الرضا به نص عليه ابن رستم وكذا ذكره محمد في الاصل لان النص ورد باثبات الخيار مطلقا والعبرة في المنصوص عليه
لعين النص لا للمعنى مع ان جهالة الوصف ليست بعلة لثبوت هذا الخيار بدليل انه لم يثبت له الخيار قبل الروية
لتعلقه بالروية فكذا لا يتوقت لاطلاقه عن الوقت والتقييد به يكون زيادة وهو نسخ فيمتد الى ان يوجد منه
ما يسقط وهو التصريح به او التعيب او تصرف لا يمكن دفعه كالاعتاق والتدبير او يوجب حقا للغير كالبيع
المطلق والرهن والاجارة لوجود الرضا منه صريحا او دلالة وكذا لو كانت هذه التصرفات قبل الروية يسقط بها
الخيار لتعذر الفسخ وان كان تصرفا لا يوجب حقا للغير كالبيع بشرط الخيار والمساومة والهبة من غير تسليم لا يبطله
قبل الروية لانه لا يعوق صريح الرضا ويبطله بعد الروية لوجود دلالة الرضا بعد العلم وكذا اذا قبضه بعد
الروية بطل خياره لانه يدل على الرضا ولانه موكد لحكم العقد فشابه البيع ولو كان البيع بشرط الخيار للمشتري
فهو كالمطلق حتى يسقط به الخيار قبل الروية لانه بات مطلق من جانبه ولو اشترى ارضا فاذن للاكار ان يزرعها
قبل الروية فزرعها بطل لان فعله بامره كفعله قال وكفت روية وجه الصبرة والرقيق والدابة وكفلها
وظاهر الثوب المطوي وداخل الدار لان روية ما يستدل به على المقصود يكفي لتعسر روية الجميع وروية
هذه المواضع من هذه الاشيا يقع بها العلم بالمقصود ولا معنى لاشتراط روية غيرها لو دخل في المبيع اشيا
فان كان لا تتفاوت احاده كالمكيل والموزون وعلامته ان يعرض بالانموذج يكتفى بروية بعضه لجريان العادة
بالاكتفاء بالبعض في الجنس الواحد ولوقوع العلم به بالباقي الا اذا كان الباقي اردى فيكون له الخيار فيه وفيما
راى كيلا يلزم تفريق الصفقة قبل التمام لانها مع الخيار لا تتم وان كان احاده تتفاوت وهو الذي لا يباع بالانموذج
كالثياب والدواب والعبيد فلا بد من روية كل واحد من افراده لانه بروية بعضها لا يقع العلم بالباقي للتفاوت
والجوز والبيض من هذا القسم فيما ذكره الكرخي لتفاوت احاده ولا يستدل بروية بعضه على غيره من جنسه
وقال صاحب الهداية ينبغي ان يكون مثل الحنطة والشعير لكونها متقاربة فاذا ثبت هذا نقول ان النظر الى وجه
الصبرة كاف لانه يعرف به وصف الباقي لما ذكرنا وكذا النظر الى ظاهر الثوب مطويا مما يعلم البقية الا اذا كان
في طيه ما يكون مقصودا كموضع العلم لان قيمته تختلف باختلافه وقال زفر لا يكتفى بروية ظاهر الثوب ولا بد
من نشر كله لانه ليس من ذوات الامثال ولا يعرف كله بروية بعضه قلنا قل ما يتفاوت جوانب ثوب واحد فيمكن
الاستدلال بالبعض على البعض والوجه هو المقصود من الادمي ولهذا تتفاوت قيم الرقيق بتفاوته وساير
الجسد تبع له وفي الكفل من الدواب فلا بد من ... وشرط بعضهم مع ذلك روية القوائم وعند محمد روية الوجه
كاف كالادمي وفي شاة اللحم لا بد من الجس لانه به يظهر السمن والهزال ويعرف به كثرة اللحم وقلته وفي شاة
القنية لا بد من معرفة ضرعها وفيما يطعم لا بد من الذوق وفيما يشم لا بد من الشم وفي دفوف القاري لا بد من سماع
صوتها لان العلم بالشيء يقع باستعمال آلة ادراكه فلا يسقط خياره حتى يدركه وجعل في المختصر روية خارج
الدار كروية داخلها لانه يستدل به على الباقي وفي عامة الروايات اذا راى صحن الدار يسقط خياره لما ذكرنا في خارجها

بحال التصرف والفسخ اقوى لانه يرد على المجاز دون العكس فكان اولى بالاعتبار كنكاح الحرة والامة اذا وجدا
معا ينفذ نكاح الحرة لانه اقوى لوروده على نكاح الامة دون العكس ولا يقال المجاز يلحق الفسخ الا ترى انه لو كان الخيار
لاحدهما وفسخ بحضرة صاحبه ثم هلك المبيع في يد المشتري قبل التسليم الى البايع عاد الحال على ما كان حتى يجب عليه
الثمن ان كان الخيار للمشتري والقيمة ان كان الخيار للبايع كما اذا هلك في يده قبل الفسخ لانا نقول هذا لا يلزمنا لان
كلامنا في اجازة ترد على المفسوخ ولا اجازة ههنا فلا يرد علينا وقيل ما ذكر في المأذون قول ابي يوسف لانه لا يقدم
تصرف المالك بل يستويان عنده وما ذكره في البيوع قول محمد لانه يقدم تصرف المالك على تصرف النايب عنده
واستخرج ذلك مما اذا باع الوكيل من شخص وباع الموكل من غيره فعند محمد يملكه المشتري من المالك تقديما للتصرف
من المالك وعند ابي يوسف يستويان فيكون بين المشتريين نصفين لاستواء التصرفين في عدم تقديم المتصرف
بالملك عنده ويثبت لكل واحد منهما الخيار لتفرق الصفقة عليهما قال ولو باع عبدين على انه بالخيار في
احدهما ان فصل وعين صح والا لا اي صح ان فصل ثمن كل واحد منهما وعين الذي فيه الخيار لان الذي فيه الخيار
كالخارج عن العقد اذ العقد مع الخيار لا ينعقد في حق الحكم فكان الداخل في العقد غيره فما لم يكن ذلك الداخل
معلوما وثمنه معلوما لا يجوز لجهالة المبيع والثمن مفسد للعقد ولا يكونا معلومين الا بالتفصيل والتعيين
وهذه المسئلة على اربعة اوجه احدها ان يفصل الثمن ويبين الذي فيه الخيار والثاني ان لا يبين واحدا منهما
والثالث ان يبين الثمن دون الاخر والرابع بالعكس فالعقد فاسد في الكل اما لجهالة الثمن او لجهالة المبيع
او لجهالتهما الا في الاول لانتفاء الجهالة عنهما فان قيل لا يخلو اما ان يجعل المستثنى داخلا في العقد او لا
فان جعلته داخلا فيه وجب ان يجوز وان لم يبين فلم يفصل اذ ليس بيان كل جزء من اجزاء المبيع ولا بيان ثمنه
شرطا لجواز البيع وان جعلته غير داخل فيه وجب ان لا يجوز وان بين وفصل لانك جعلت قبول العقد في غير
المبيع شرطا لصحة العقد في المبيع وهو فاسد كما لو جمع بين حر وعبد او شاة ذكية فانه لا يجوز وان بين ثمنها
قلنا هو داخل صيغة غير داخل حكما فاذا كان داخلا من وجه دون وجه ينظر فان كان معلوما اعتبرناه
داخلا فيجوز ولا يعتبر داخلا فلا يجوز بخلاف بيع المدبر مع القن حيث يجوز عند بعضهم وان لم يبين الثمن
لانهما داخلان صيغة وحكما اذ لم يوجد في حقهما ما يمنع من ذلك ولهذا لو حكم الحاكم بجواز بيعهما صح وفيما
نحن فيه الخيار يمنع انعقاده في حق الحكم اصلا وعند بعضهم لا يجوز حتى يبين الثمن فعلى هذا لا فرق بينهما ولو اشترى
كيليا او وزنيا او عبدا واحدا على انه بالخيار في نصفه جاز فصل الثمن او لم يفصل لان النصف من الشيء الواحد
لا يتفاوت ولا فرق بين ان يكون الخيار للبايع او للمشتري قال وصح خيار التعيين فيما دون الاربعة وهو
ان يبيع احد العبدين او الثوبين على ان ياخذ ايهما شاء او يبيع احد الثلاثة على ان ياخذ ايها شاء ولا يجوز
ذلك في الاربعة وهذا استحسان وقال زفر والشافعي لا يجوز هذا اصلا وهو القياس لجهالة المبيع ووجه الاستحسان
ان شرع الخيار للحاجة الى دفع الغبن ليختار ما هو الارفق والاوفق والحاجة الى هذا النوع من البيع متحققة لانه
يحتاج الى اختيار من يثق به او اختيار من يشتريه لاجله ولا يمكنه البايع من الحمل اليه الا بالشراء فلا يبقى امانة
في يده فكان في معنى خيار الشرط وهذه الجهالة لا تفضي الى المنازعة لتعيين من له الخيار فلا يمنع الجواز غير
ان هذه الحاجة تندفع بالثلاثة لوجود الجيد والوسط والردي فيها فلا حاجة الى الاربعة وثبوت الرخصة
للحاجة وكون الجهالة غير مفضية الى المنازعة فلا يثبت باحدهما ثم قيل يشترط ان يكون في هذا العقد خيار
الشرط مع خيار التعيين وهو المذكور في الجامع الصغير وقال شمس الايمة هو الصحيح وقيل لا يشترط وهو المذكور
في الجامع الكبير فيكون ذكره على هذا الاعتبار اتفاقا لا شرطا قال فخر الاسلام هو الصحيح فعلى قول هذا القايل
اذا لم يشترط خيار الشرط يلزم العقد في احدهما حتى لا يرد الا احدهما وعلى قول الكرخي له ان يردهما لان هذا الخيار
عنده بمنزلة خيار الشرط وقال قاضي خان وضع محمد رحمه الله هذه المسئلة ههنا يعني في الجامع الصغير فيما اذا

بين مدة الخيار فقال يأخذ ايهما شاء بعشرة دراهم وهو بالخيار ثلاثة ايام وضعه كذا في المأذون ووضعها
في الجامع الكبير وغيره على ان يأخذ ايهما شاء ولم يذكر الزيادة واذا لم يذكر خيار الشرط فلا بد من توقيت خيار
التعيين بالثلاث فما دونها عند ابي حنيفة وبمدة معلومة ايتها كانت عندهما على قول اكثر المشايخ لان القياس
يأبى جواز هذا العقد وانما جاز استحسانا بطريق الالحاق بشرط الخيار فلا يجوز دونه فان شرط ذلك ثبت له خيار
الشرط مع خيار التعيين فان ردهما بخيار الشرط في المدة او رد احدهما بخيار التعيين كان له ذلك واذا مضت المدة
بطل خيار الشرط فلا يملك ردهما جميعا ويبقى له خيار التعيين فيرد احدهما وان مات المشتري في مدة الخيار يبطل خيار
الشرط ويبقى خيار التعيين للوارث فلا يكون له الا رد احدهما قال العبد الضعيف عفى الله عنه ان لم يذكر
خيار الشرط فلا معنى لتوقيت خيار التعيين بخلاف خيار الشرط فان التوقيت فيه يفيد لزوم العقد عند مضي الوقت
وفي خيار التعيين لا يمكن ذلك لانه لازم في احدهما قبل مضي الوقت ولا يمكن تعيينه بمضي الوقت بدون تعيينه
فلا فائدة في شرط ذلك والذي يغلب على الظن ان التوقيت لا يشترط فيه ولو شرط خيار التعيين البائع اختلف
المشايخ فيه فذكر الكرخي في مختصره انه يجوز استحسانا قالوا واليه اشار في المأذون ووجهه انه خيار يجوز
اشتراطه للمشتري فكذا له قياسا عليه وذكر في المجرد انه لا يجوز لانه جوز للمشتري للحاجة مخالفا للقياس ولا حاجة
الى البائع ثم اذا كان خيار التعيين للمشتري وقبضهما فهلك احدهما او تعيب لزمه البيع فيه بثمنه لامتناع الرد
بالعيب وتعين الاخر للامانة لان الداخل تحت العقد احدهما والذي لم يدخل في العقد قبضه باذن مالكه لا على سوم
الشراء ولا بطريق الوثيقة فكان امانة في يده وتعين الباقي للامانة لما ذكرنا بخلاف ما اذا طلق احدى امرأتيه
او اعتق احد عبديه فهلك احدهما حيث يتعين الباقي للعتاق والطلاق لانه حين اشرف على الهلاك لم يخرج من ان
يكون محلا للطلاق والعتاق ولا يعجز عن الايقاع عليه قبل الهلاك وبعد الهلاك لم يبق الهالك محلا للايقاع
فتعين الباقي له لبقاء المحلية وفيما نحن فيه حين اشرف على الهلاك عجز عن رده وهو قابل للبيع ولم يبطل محليته
فتعين له وهذا الفرق يرجع الى انهما استويا في بقاء المحلية قبل الموت غير انه في البيع حين اشرف على الهلاك عجز عن
رده فتعين هو للمبيع لانه قابل له وفي العتاق والطلاق كذلك لا يخرج من ان يكون محلا للايقاع قبل الموت غير انه
لا يعجز عنه فبقي مخيرا الى الهلاك واذا هلك خرج من ان يكون محلا له فلو وقع عليه لوقع بعد الموت وهو لا يقع
بعده فتعين الباقي ضرورة هذا اذا هلك احدهما قبل الاخر وان هلكا معا يلزمه نصف ثمن كل واحد منهما لشيوع
البيع والامانة فيهما لعدم الاولوية بجعل احدهما مبيعا او امانة ولا فرق بين ان يكون الثمن متفقا او مختلفا
وكذا لو هلكا على التعاقب ولا يدري الاول منهما يجب نصف ثمن كل واحد منهما بخلاف ما اذا تعيبا ولم يهلكا
حيث يبقى خياره على حاله وله ان يرد احدهما لانهما محل لابتداء البيع فكذا التعيين بخلاف الهالك وليس له
ان يردهما وان كان فيه خيار الشرط لان العيب يمنع من الرد بخيار الشرط قال رح ولو اشتريا على انهما بالخيار
فرضي احدهما لا يرده الاخر يعني لو اشترى اثنان بشرط الخيار لهما ليس لاحدهما ان يرد نصيبه اذا اجاز الاخر
وهذا عند ابي حنيفة وقالا له ان يرده وعلى هذا الخلاف خيار الرؤية وخيار العيب لهما ان اثبات الخيار لهما
اثباته لكل واحد منهما لانه شرع لدفع الغبن وكل واحد منهما يحتاج الى دفعه فلو بطل هذا بابطال الاخر
خياره لم يحصل مقصوده ويلحقه به ضرر وله ان المشروط خيارهما لا خيار كل واحد منهما على الانفراد
فلا ينفرد احدهما بالرد ولان الحق اذا ثبت لهما على وجه لا يتضرر به البائع وفي رد احدهما نصيبه اضرار بالبائع
اذ المبيع خرج من ملكه غير معيب بعيب الشركة فلو رده احدهما رده معيبا بها اذ هي عيب في الاعيان
لكونه لا يتمكن من الانتفاع به الا بطريق المهايأة وليس من ضرورة اثبات الخيار لهما الرضا برد احدهما
لتصور اجتماعهما على الرد وقولهما يلحقه به ضرر قلنا هذا الضرر يلحقه من جهة نفسه لعجزه عن ايجاد
شرط الرد وهو مساعدة صاحبه اياه على الرد فالبائع يتضرر بتصرف الراد فكان رعاية جانب البائع اولى

في الزيادات

٥

وحديث ابن عمر ليس بنص فيه فانه روي انه اجاز الخيار الى شهر فيحتمل انه يكون خيار الرؤية او العيب فاذا
انتفت الزيادة فسد العقد بها قال رح فاذا اجاز في الثلاث جاز خلافا لزفر هو يقول العقد فاسد فلا يعود صحيحا
كالنكاح بغير شهود ولنا ان المفسد قد زال قبل تقرره فينقلب صحيحا كما في البيع بالرقم واعلامه في المجلس وهذا عند
مشايخ اهل العراق من اصحابنا فان عندهم ينعقد فاسدا ويرتفع الفساد بحذف الشرط ولان المفسد اتصال اليوم
الرابع بهذه المدة فاذا اجاز قبله قبل اليوم الرابع فقد منع اتصال المفسد بالعقد فصار كان الخيار لم يكن مشروطا
في اليوم الرابع واما مشايخ اهل خراسان فعندهم العقد موقوف على اسقاط الشرط فبمضي جزء من اليوم الرابع
فسد العقد فلا ينقلب صحيحا بخلاف فساد النكاح بعدم الاشهاد لان الفساد فيه لعدم شرط الجواز فلا يمكن
ازالته وهذا الوجه اوجه قال رح ولو باع على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة ايام فلا بيع صح والى
اربعة لا وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يجوز الى اربعة ايام او اكثر وقال زفر لا يجوز هذا الشرط
اصلا وهو القياس لانه شرط فيه اقالة فاسدة لتعلقها بشرط عدم النقد ولو شرط فيه الصحيحة منها
فسد فهذا اولى وجه الاستحسان انه في معنى شرط الخيار بل هو عينه لانه مخير في الايام الثلاثة بين الفسخ
والامضاء اذ ترك النقد جعل امارة الفسخ والنقد امارة الامضاء وهذا الشرط يحتاج اليه لدفع المماطلة كما ان
شرط الخيار محتاج اليه لدفع الغبن غير انه هنا بمضي المدة مع عدم النقد ينفسخ العقد وفي تلك يتم وذلك لا يوجب
اختلافا في الحكم اذ في كل واحد منهما فسخ على تقدير واجازة على تقدير والاختلاف فيما يقع به الفسخ والاجازة لا في
نفس الفسخ عند ارادة الفسخ ولا في نفس الاجازة عند ارادة الاجازة فلا يعد اختلافا ثم ابو حنيفة ومحمد مرا على اصلهما
في الزيادة على الثلاثة في الملحق به وهو شرط الخيار على ما بينا وابو يوسف مع ابي حنيفة في هذا ومع محمد في شرط
الخيار اخذ بالنص في هذا وبالاثر في ذلك قال رح فان نقد في الثلاث صح يعني فيما اذا شرط اكثر من ثلاثة ايام وانما
صح لزوال المفسد وهذا بالاجماع ثم هذه المسألة على وجوه اما ان لا يبينا الوقت او بينا وقتا مجهولا بان يقول
على انه ان لم ينقد اياما او بينا معلوما وهو اكثر من ثلاثة ايام فهو في هذه الصور كلها فاسد الا ان ينقد في الثلاث
لما قلنا او بينا وقتا معلوما وهو ثلاثة ايام او دونه فانه يجوز لما بينا قال رح وخيار البائع يمنع خروج المبيع
عن ملكه لان تمام البيع لا يكون الا بالتراضي ولا يتم الرضا مع الخيار ولهذا ينفذ عتق البائع ويملك التصرف فيه
دون المشتري وان قبضه باذن البائع قال رح وبقبض المشتري يهلك بالقيمة يعني اذا قبضه المشتري وهلك في يده
في مدة الخيار فان المشتري يضمن قيمته لان البيع ينفسخ بالهلاك لانه كان موقوفا ولا نفاذ بدون المحل وكان مقبوضا
في يده على سوم الشراء وفيه القيمة ولو هلك في يد البائع انفسخ البيع ولا شيء على المشتري كما في البيع الصحيح المطلق
ولو تعيب المبيع في يد المشتري فللبائع ان يلزمه البيع ان شاء وان شاء فسخ البيع وضمنه النقصان لان العيب
لا يمنع الفسخ واذا انفسخ العقد كان مضمونا على المشتري بالقبض بجميع اجزائه كالمغصوب ولو تعيب في يد البائع
فهو على خياره لان ما انتقص بغير فعله لا يكون مضمونا ولكن المشتري يتخير ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء فسخ
كما في البيع المطلق واذا كان العيب بفعل البائع ينتقض البيع فيه بقدره لان ما حدث بفعله يكون مضمونا عليه
وتسقط حصته من الثمن قال رح وخيار المشتري لا يمنع ولا يملكه اي لا يمنع خروج المبيع عن ملك البائع ولا يملكه
المشتري لان البيع من جهة البائع لازم لان الخيار شرع نظرا لمن له الخيار فيعمل في حقه دون الاخر وانما لم يملكه
المشتري كيلا يجتمع البدل والمبدل في ملك شخص واحد وهذا عند ابي حنيفة وقالا يملكه لانه لو خرج عن ملك البائع
ولم يدخل في ملك المشتري لكان زايلا الى مالك ولا عهد لنا به في الشرع وله ان الثمن لم يخرج عن ملكه لان الخيار
يعمل في حق من له الخيار ولو دخل في ملكه المبيع لدخل بلا عوض او اجتمع في ملك شخص واحد العوض والمعوض ولا
عهد لنا به في الشرع ولان الخيار شرع نظرا له لينظر فيه هل هو موافق ام لا ولو دخل في ملكه يفوت ذلك فيما اذا
اشترى قريبه لانه يعتق عليه ويعود على موضوعه بالنقض وجاز ان يوجد خروج ملك بلا دخول في ملك غيره

كعبيد الكعبة يخرجون عن ملك مالكهم ولا يدخلون في ملك احد عندنا المراد الكعبة وكذا التركة المستغرقة بالدين
تخرج عن ملك الميت ولا تدخل في ملك الورثة ولا يقال على هذا تكون سوائب وهي منهي عنها لانا نقول الحال موقوف
ان اجيز البيع يستند الى وقت العقد فيتبين انه ملكه من ذلك الوقت ولهذا كان له الزوايد وان فسخ تبين انه غير
زايل عن ملكه فكيف يكون من السوايب مع وجود سبب الانتقال ومع توقع حكمه قوله وبقبضه يهلك بالثمن
كتعييبه اي بسبب قبضه يضمن قيمته اذا هلك كما يضمن اذا تعيب والمراد بالعيب عيب لا يرتفع كقطع اليد وان
كان يرتفع كالمرض فهو على خياره فان ارتفع في المدة له يلزمه والا لزمه لان بدخول العيب فيه عند المشتري
يمتنع الرد على البايع لعجزه عن الرد كما قبضه والهلاك لا يعرى عن مقدمة عيب فيهلك بعد ما انبرم العقد
فيلزمه الثمن بخلاف ما اذا كان الخيار للبايع لانه بدخول العيب لا يمتنع الرد اذ لا يعجز عن التصرف بحكم الخيار
فلا يسقط خياره وان اشرف على الهلاك فلو لزم البيع فيه انما يلزم بعد موته وذلك لا يجوز لانه لم يبق محلا
للبيع فكان مضمونا عليه بالقيمة ضرورة قال ولو اشترى زوجته بالخيار بقي النكاح لانه لم يملكها لان خيار
المشتري يمنع من دخول المبيع في ملكه على ما بينا قال فان وطيها فله ان يردها لان الوطي بحكم النكاح لا بحكم ملك
اليمين اذ لا يملكها بعد الشراء الا اذا نقصها الوطي لانها تعيبت به وليس له ان يردها عليه بعد ما تعيبت
عنده على ما ذكرنا وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما ليس له ان يردها مطلقا لان النكاح انفسخ بملكه اياها
فيكون الوطي بحكم ملك اليمين فيمتنع الرد كما اذا اشترى غير زوجته فوطيها وهذه المسئلة يظهر فيها ثمرة الخلاف
بينهم ولها نظاير منها عتق العبد المشتري على المشتري اذا كان قريبا له ومنها عتقه اذا كان قد حلف بعتقه
بان قال ان ملكت عبدا فهو حر بخلاف ما اذا قال ان اشتريت لانه يصير كالمنشي في تلك الحالة في حق تصحيح الجزا الا
غير حتى لا يجزيه عن الكفارة اذا نوى بخلاف شرا القريب على ما عرف في موضعه ومنها ان الامة المشتراة لو حاضت
عند المشتري بعد القبض لا يجتزابه عن الاستبرا لعدم الملك وعندهما يجتزابه لوجوده ولو رجعت الى البايع
بالفسخ بحكم الخيار لا يجب عليه الاستبرا لعدم دخولها في ملك غيره عنده وعندهما يجب اذا رجعت اليه بعد القبض
وان رجعت الى ملكه قبل القبض لا يجب عليه الاستبرا استحسانا كما لو كان البيع باتا ثم تقايلا بالاقالة او غيره
فانه يجب عليه الاستبرا بعد القبض قياسا واستحسانا وقبل القبض يجب قياسا وفي الاستحسان لا يجب اجماعا
ومنها اذا اشترى منكوحته وقد ولدت منه او حبلى منه لا تصير ام ولد له خلافا لهما وثمرة الخلاف تظهر
ايضا فيما اذا ولدت منه قبل القبض في يد البايع وان قبضها المشتري فولدت في مدة الخيار لزم البيع بالاجماع
لانها تعيبت بالولادة ولا يملك ردها بعد التعيب في يده بخلاف ما اذا ولدت قبل القبض عند ابي حنيفة وهو نظير
ما اذا اشترى حبلى من غيره بشرط الخيار فقبضها فولدت عنده يبطل خياره ويلزم البيع لما ذكرنا ومنها اذا قبض
المشتري المبيع باذن البايع ثم اودعه عنده فهلك في يده يهلك من مال البايع عنده لان قبضه يرتفع بالرد
لعدم الملك فهلاكه بعد ذلك في يد البايع ان كان في المدة فهو هلاك قبل القبض وقبل الملك وان كان بعد
مضيها فهو هلاك قبل القبض فيكون من ماله كما في البيع البات وعندهما من مال المشتري لصحة الايداع باعتبار
قيام الملك له فصار كما اذا كان له خيار الرؤية او العيب والفرق لهما بينهما انهما لا يمنعان وقوع الملك
للمشتري فيكون الايداع صحيحا بخلاف خيار الشرط ومنها ما لو كان المشتري بالخيار عبدا ماذونا له في التجارة
فابراه البايع عن الثمن في مدة الخيار بقي خياره عنده لانه لما لم يملكه كان الرد امتناعا عن التملك والماذون
له يملك الرد وان كان التمليك بغير عوض كما اذا وهب له فان له ان يمتنع عن القبول وعندهما بطل خياره لانه
لما ملكه كان الرد منه تمليكا بلا عوض وهو لا يملك ذلك بخلاف الحر فصار كما لو كان له خيار رؤية او عيب
في البيع البات فابراه البايع عن الثمن فانه لا يملك رده عليه بعد القبض بالاجماع وجوابه انهما لا يمنعان
الوقوع في الملك على ما بينا وذكر في المحيط انه لا يملك الابراء عن الثمن عند ابي حنيفة لانه لم يملكه لان خيار

لان في القريب سبب العتق قارن الشراء وفي غيره تقدم عليه

المشتري يمنع خروج الثمن عن ملكه وهو القياس ووجه الاستحسان انه ابراء بعد وجود سببه فيصح ومنها
ما لو اشترى ذمي من ذمي خمرا على انه بالخيار ثم اسلم المشتري في مدة الخيار بطل الخيار عندهما لانه ملكها
فلا يملك تمليكها بالرد وهو مسلم وعنده يبطل البيع لانه لم يملكها فلا يملكها باسقاط الخيار وهو مسلم ولو اسلم
البايع والخيار للمشتري بقي على خياره بالاجماع ولو ردها المشتري عادت الى ملك البايع لان العقد من
جانب البايع بات فاذا اجازه صار له وان فسخ صار الخمر للبايع والمسلم من اهل ان يتملك الخمر حكما كما في الارث
ولو كان الخيار للبايع فاسلم هو بطل البيع لان المبيع لم يخرج عن ملكه والمسلم لا يقدر ان يملك الخمر ولو اسلم المشتري
لا يبطل العقد والبايع على خياره لان العقد من جهة المشتري بات فان اجاز العقد صار له لان المسلم من اهل
ان يملك الخمر حكما وان فسخه للبايع وهذا كله فيما اذا اسلم احدهما بعد القبض والخيار لاحدهما وان اسلم قبل القبض
بطل البيع في الصور كلها سواء كان البيع باتا او بشرط الخيار لاحدهما او لهما لان القبض شبيها بالعقد من حيث
انه يفيد ملك التصرف فلا يملكه بعد الاسلام وان اسلم احدهما او كلاهما بعد القبض وكان البيع باتا لا
يبطل لانه قد تم بالقبض بخلاف ما اذا كان بشرط الخيار على ما مر ومنها مسلم اشترى من مسلم عصيرا بشرط
الخيار فتخمر العصير في المدة فسد البيع عنده وعندهما تم ومنها حلال اشترى صيدا بشرط الخيار فقبضه
ثم احرم والصيد في يده ينتقض البيع ويرده الى البايع وقالا يلزم المشتري ولو كان الخيار للبايع ينتقض
في قولهم جميعا وان كان الخيار للمشتري فاحرم البايع فللمشتري ان يرده ومنها ما لو اشترى دارا هو ساكنها
باجارة او عارية فاستدام السكنى بعد الشراء لا يكون اختيارا عنده وعندهما اختيار لانه ملك العين فكان
سكناه بحكم ملك العين وقال السرخسي رحمه الله ابتداء السكنى اختيار لان الدار لا تمتحن بالسكنى بخلاف الاستمرار
قال فان اجاز من له الخيار بغيبة صاحبه صح ولو فسخ لا وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف له ان
يفسخ ايضا مع غيبة صاحبه لان الشرط كان بمساعدته فصار مسلطا له على الفسخ فلا يتوقف على علمه كالفسخ
بالفعل مثل اعتاق من له الخيار او بيعه او وطيه او تقبيله بشهوة وكالاجازة فان علم الاخر لا يشترط فيها
ولهذا لا يشترط رضاه فصار كالوكيل بالبيع ولهما انه بالفسخ يلزم صاحبه الضرر اذ لا يتمكن من العمل بموجب
الفسخ من غير علم كالامتناع من التصرف والوطي والاستخدام بل يقدم على هذه التصرفات اعتمادا على ما سبق
من البيع فتلزمه الغرامة وكذا لا يطلب لسلعته مشتريا لما قلنا فلا بد من علمه دفعا للضرر عنه كعزل الوكيل
وحجر العبد الماذون له عن التصرف وحجر الشريك ونهي المضارب عن التصرف بخلاف الاجازة لانه لا ضرر فيها
على صاحبه اذ هو موافق له فيها وبخلاف الفسخ بالفعل لانه حكمي ولا يشترط العلم في الحكمي كعزل الوكيل والمضارب
والشريك وحجر العبد الماذون له في التجارة حكما كارتداده ولحاقه بدار الحرب مرتدا وجنونه مطلقا ولا
نسلم انه مسلط على الفسخ من جهة صاحبه وكيف يسلطه عليه وهو بنفسه لا يملك الفسخ وانما يفسخ لكون
العقد غير لازم في حقه لا بتسليط منه فيشترط علمه بخلاف الوكيل حيث يجوز له التصرف من غير علم الموكل
لانه مسلط من جهته وكذا المضارب ولو فسخ حال غيبة صاحبه وبلغه في المدة صح ولو مضت المدة
قبل العلم به تم العقد ولزم والحيلة فيه ان ياخذ منه وكيلا حتى اذا بدا له الفسخ رده عليه وقال بعضهم
انه لو رفع الامر الى الحاكم واعلمه بذلك ونصب من يخاصم عنه صح الرد عليه وذكر الكرخي ان خيار الرؤية
على هذا الخلاف وفي خيار العيب لا يصح فسخه بغير علمه بالاجماع لانه لا يثبت الا بالقضا قال وتم العقد بموته
وبمضي المدة وبالاعتاق وتوابعه وبالاخذ بشفعة يعني يتم العقد بواحد من هذه الجملة اما الاول وهو موت
من له الخيار فلان الخيار بموته يبطل ولا ينتقل الى الورثة عندنا وقال الشافعي يورث عنه لانه حق لازم
ثابت له في البيع فيجري فيه الارث كخيار العيب والتعيين ولنا ان الخيار صفة للميت ولا ينتقل عنه كسائر اوصافه
وانما قلنا انه صفة له لانه ليس هو الا مشيئة وارادة فصار كخيار المجلس عنده وبخلاف خيار العيب لان المورث

استحق المبيع سليما فكذا الوارث لانه ورث خياره وهذا لانه بالعيب فات الجزء السليم فللمورث ان يطالب بذلك
الجزء فيقوم الوارث مقامه فيه ولهذا يثبت له الخيار فيما تعيب في يد البايع بعد موت المورث وان لم يثبت للمورث
وخيار التعيين ثبت للوارث ابتداء لاختلاط ملكه بملك الغير لان الخيار يورث فاذا بطل الخيار لزم البيع وتم
واما الثاني وهو ما اذا مضت مدة الخيار فلانه بمضيها يبطل خياره اذ لم يثبت له الخيار الا في تلك المدة كالمخيرة
في وقت معين لم يبق لها الخيار بعد مضيه ومن ضرورة بطلان الخيار تمام العقد ولزومه لزوال المانع واما الثالث
وهو الاعتاق وتوابعه فلان هذه التصرفات دليل الاستبقاء لانها تعتمد الملك والمراد بتوابع العتق التدبير
والكتابة وكذا كل تصرف لا يحل الا في الملك كالوطي والتقبيل واللمس بشهوة يتم به البيع وكذا كل تصرف لا ينفذ
الا في الملك كالبيع والاجارة وهذا كله اذا كان الخيار للمشتري ووجد فيه شيء من هذه الاشياء وان كان الخيار
للبايع وفعل شيئا من هذه الاشياء في المدة انفسخ البيع لما ذكرنا انه دليل الاستبقاء ولو كان الفعل يحل في غير الملك
لو يتم به البيع كالاستخدام والركوب ونحو ذلك لانه يفعل للامتحان والتجربة ولا يكون دليل الاستبقاء واما الرابع
وهو الاخذ بالشفعة وصورته ان يشتري دارا بشرط الخيار ثم تباع دار اخرى بجنبها فياخذها المشتري بشرط الخيار
بالشفعة فلان الاخذ بها لا يكون الا بالملك فكان دليل الاجازة وهذا لان الشفعة شرعت نظرا للملاك لدفع ضرر
يلزمهم على الدوام فكان اخذه بها دليل الاستبقاء فتضمن سقوط الخيار سابقا عليه فيثبت له الملك فيها من وقت
الشراء فيظهر ان الجوار كان سابقا ولانه احق الناس بالتصرف فيها فكان اولى بالشفعة وان لم يملكها كالمكاتب
والعبد الماذون له في التجارة وهذا التقدير يحتاج اليه لابي حنيفة واما على قولهما فان المشتري بالخيار يملك
الدار فلا يحتاج الى هذا التقدير لثبوت الملك وانما يحتاج اليه لسقوط الخيار لا غير وهذا لان خياره يسقط
به اجماعا بخلاف خيار الروية حيث لا يسقط باخذ الشفعة فيما اذا بيعت دار بجنبها فاخذها بها لانه لا يسقط
بالصريح فكذا بالدلالة **قال** ولو شرط المشتري الخيار لغيره صح وايهما اجاز او نقض صح اي اجاز المشتري
او من شرط له الخيار او نقضه جاز وقال زفر لا يجوز اشتراط الخيار لغير العاقد وهو القياس لان الخيار من مواجب
العقد ومن احكامه فلا يجوز اشتراطه لغير العاقد كاشتراط الثمن على غيره وهذا لان اشتراط ما لا يقتضيه
العقد مفسد وفيه ذلك فيفسد ولنا ان اشتراط الخيار لغير العاقد اشتراط للعاقد لانه لا وجه لاثبات الخيار
لغير العاقد بطريق الاصالة ويمكن اثباته بطريق النيابة عن العاقد فيجعل كانه شرط الخيار لنفسه وجعل
الاجنبي نائبا عن نفسه اقتضاء تصحيحا لتصرفه وزفر لا يقول بالاقتضاء ولا بالاستحسان فاذا كان نائبا عنه
يكون لكل واحد منهما الخيار فايهما اجاز او نقض صح لان كل واحد منهما ملك التصرف اصالة او نيابة **قال**
فان اجاز احدهما ونقض الاخر فالاسبق احق لوجوده في زمان لا يزاحمه فيه احد وتصرف الاخر بعده يلغو
لان السابق ان كان فسخا فالمفسوخ لا تلحقه الاجازة وان كان اجازة فقد ابرم العقد وبعد ابرامه لا ينفرد
احد المتعاقدين بفسخه **قال** وان كانا معا فالفسخ اي لو فسخ احدهما واجاز الاخر وخرج الكلامان منهما معا
كان الفسخ اولى من الاجازة من ايهما كان وهو رواية كتاب الماذون من المبسوط وفي رواية كتاب البيوع منه
تصرف المالك اولى فسخا كان او اجازة لان الاصيل اقوى اذ النايب يستفيد الولاية منه فلا يصلح ان يكون معارضا
للاصل ولانه لما اقدم على التصرف كان عزلا له منه بالفعل حكما وهو يملك ذلك صريحا بالقول فكذا دلالة
بالفعل وهذا لان تصرف النايب انما جاز للحاجة ولا حاجة عند مباشرة التصرف بنفسه فيلغو بخلاف ما اذا
وكله ان يطلق امراته البتة فطلقها الوكيل والموكل يقع عليها طلاق احدهما غير عين ولا يقدم تصرف الموكل
لان الوكيل في باب الطلاق سفير ومعبر فكان الموجود من الوكيل منسوبا اليه ولهذا يحنث في يمينه ان لا يطلق
فكان الصادر من الوكيل صادرا من الموكل بخلاف الوكيل في البيع على ما عرف في موضعه وجه الاول وهو الاصح ان
المعارضة من جهة التصرف متحققة لان كل واحد منهما مالك التصرف وتعذر العمل بهما للاستحالة فوجب الترجيح

وخلا فيه لانه لا خيار من الذي له فيها او منها الانتفاع في الحال بخلاف الثمر المجذوذ والزرع المحصود حيث لا
يدخل الا بالتنصيص عليه لانفصاله في الحال وورق التوت والاس والزعفران والورد بمنزلة الثمار في كل
ما ذكرنا من الاحكام واشجارها بمنزلة النخل وعكس الثمار في الحكم الشرب والطريق فكل موضع يدخل فيه الثمار
والزروع لا يدخل فيه الشرب والطريق وكل موضع لا يدخلان فيه يدخل فيه الشرب والطريق لان الشرب والطريق
ليسا منها ولا فيها لكنهما من حقوقهما والثمر والزرع موجودان فيها ومنها او ليسا من حقوقها فافترقا **قال**
ومن باع ثمرة قبل بدا صلاحها او لا صح لانه مال متقوم ينتفع به في الحال او في المال وقيل لا يجوز قبل ان يصير
منتفعا به حالا والاول اصح وعلى هذا الخلاف بيع الزرع قبل ان تناله المشافر والمناجل والاصح الجواز لانه منتفع به
في المال فصار كالاطفال والجحش **قال** ويقطعها المشتري تفريغا لملك البايع هذا اذا اشتراها مطلقا او بشرط
القطع **قال** وان شرط تركها على النخل فسد اي البيع لانه شرط لا يقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير او نقول
انه صفقتان في صفقة لانه اجارة في بيع ان كان للمنفعة حصة من الثمن او اعارة في بيع ان لم يكن لها حصة من الثمن
وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صفقة في صفقة وكذا بيع الزرع بشرط الترك لما بينا وكذا اذا تناهى عظمها
عندهما لانه شرط لا يقتضيه العقد وقال محمد رحمه الله لا يفسد استحسنه العادة بخلاف ما اذا لم يتناه عظمه لانه شرط
فيه الجزء المعدوم وهو ما يزداد بمعنى في الارض والشجر ولو اشتراها مطلقا وتركها باذن البايع طاب الفضل وان
تركها بغير اذنه تصدق بما زاد في ذاته لحصوله بجهة محظورة وان تركها بعد ما تناهى عظمها لم يتصدق
بشيء لان هذا تغير احوال بان الشمس تنضجه وتاخذ اللون من القمر والطعم من الكواكب بتقدير الله تعالى وان اشتراها
مطلقا ثم استاجر النخيل الى وقت الادراك فتركها طاب له الفضل لان الاجارة باطلة لعدم التعارف والحاجة فبقي
الاذن معتبرا بمجرده بخلاف ما اذا اشترى الزرع واستاجر الارض الى ان يدرك وتركه حيث لا يطيب له الفضل وهو
ما زاد على الثمن وعلى ما غرم من اجر المثل لان الاجارة فاسدة للجهالة فاورثت خبثا ولو اشتراها مطلقا فاثمرت ثمرا
اخر قبل القبض فسد البيع لعجزه عن التسليم ولو اثمر بعد القبض يشتركان فيه للاختلاط والقول قول المشتري في مقداره
لانه في يده وكذا في الباذنجان والبطيخ والمخلص للمشتري ان يشتري الاصول لتحصل الزيادة في ملكه ثم يبيع الاصول بعد
قضاء حاجته من البايع ان شاء وقيل المخلص فيه ان يشتري الثمار الموجودة والمعدومة فانه جائز عند بعضهم اذا
كان الموجود اكثر فحاصله ان لهذه المسئلة ثلاث صور احدها اذا اخرج الثمر كله فانه يجوز بيعه بالاتفاق وحكمه
ما مضى وثانيها ان لا يخرج شيء منه فانه لا يجوز بيعه اتفاقا وثالثها ان يخرج بعضها دون بعض فانه لا يجوز
في ظاهر المذهب وقيل يجوز اذا كان الخارج اكثر ويجعل المعدوم تبعا للموجود استحسانا لتعامل الناس وللضرورة
وكان شمس الائمة الحلواني وابو بكر محمد بن الفضل البخاري يفتيان به وقال شمس الائمة السرخسي والاصح انه لا يجوز
لان المصير الى مثل هذه الطريقة عند تحقق الضرورة ولا ضرورة هنا لانه يمكنه ان يبيع الاصول على ما بينا او
او يشتري الموجود ببعض الثمن ويوخر العقد في الباقي الى وقت وجوده او يشتري الموجود بجميع الثمن ويبيح له الانتفاع
بما يحدث منه فيحصل مقصودهما بهذا الطريق ولا ضرورة الى تجويز العقد في المعدوم مصادما للنص وهو ما روي
انه عليه السلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم **قال** ولو استثنى منها ارطالا معلومة صح كبيع بر
في سنبله وباقلا في قشره اي لو استثنى من الثمار المبيعة المجدودة او غير المجدودة جاز البيع كما يجوز بيع البر
في سنبله والباقلا في قشره اما الاول فلان المبيع صار معلوما بالاشارة والمستثنى معلوم بالعبارة فوجب القول بجوازه
وروى الحسن عن ابي حنيفة انه لا يجوز [illegible] لان الباقي بعد الاستثناء مجهول وربما لا يبقى بعده شيء فيخلو
عن الفايدة او يكون رجوعا عن العقد قبل القبول فيصح رجوعه على ما بينا بخلاف ما اذا استثنى نخلا معينا لان
الباقي معلوم بالمشاهدة قلنا هذه الجهالة لا تفضي الى المنازعة لان المبيع معلوم بالاشارة وجهالة قدره
لا تمنع جواز البيع في المشار اليه على ما بينا من قبل الا ترى ان بيعه مجازفة جايز وان كان مجهول القدر وهذا هو

واختلف المشايخ على قولهما فمنهم من قال لا يجوز عندهما للجهالة بمنزلة ما لو اشترى سهما منها او عشرة اسهم منها ولم يقل من كذا سهم ومنهم من قال يجوز لان هذه الجهالة يمكن دفعها بالذرع فيعرف فلا تفضي الى المنازعة بخلاف ما لو اشترى سهما منها او عشرة اسهم اذ لا يمكن رفع الجهالة فيه ولو باع عشرة اذرع من مائة ذراع فسد عنده وعندهما يجوز اذا كانت الدار مائة ذراع لانه عشرها فاشبه عشرة اسهم من مائة سهم وله ان الذراع اسم لما يذرع به واستعير لما يحله الذراع وهو معين لا مشاع ثم لا يعلم محله من اي الجوانب هو على التعيين فلا يجوز كما لو باع احد العبدين بخلاف ما اذا باع عشرة اسهم من مائة سهم لانه شايع فلا يفضي الى المنازعة وذكر الخصاف ان الفساد عنده اذا لم تعلم جملة الذرعان واما اذا علم جملتها فيجوز عنده فجعلها نظير بيع شاة من القطيع كل شاة بدينار فانه ان علم عددها جملة يجوز عنده والا فلا والصحيح انه لا يجوز عنده مطلقا لما ذكرنا قال رحمه الله وان اشترى عدلا على انه عشرة اثواب فنقص او زاد فسد يعني اذا وجده ناقصا او زايدا فسد البيع لجهالة المبيع في الزيادة لانه يحتاج ان يرد الثوب الزايد فيتنازعان في المردود ولجهالة الثمن في فصل النقصان لانه يحتاج ان يسقط حصته عن المعدوم وهو مجهول فيؤدي الى النزاع قال رحمه الله ولو بين ثمن كل ثوب ونقص صح بقدره وخير وان زاد فسد لانه اذا كان زايدا تبقى الجهالة في المردود فيؤدي الى المنازعة وفي فصل النقصان ثمن كل واحد من الثياب معلوم فالموجود يصح فيه البيع ويبطل في المعدوم وعن ابي حنيفة انه يفسد في فصل النقصان ايضا لانه جمع بين معدوم وموجود في صفقة واحدة فصار قبول العقد في المعدوم شرطا لقبوله في الموجود فكان فاسدا كما لو جمع بين حر وعبد وبين ثمن كل واحد منهما او باع ثوبين على انهما هرويان وبين ثمن كل واحد منهما فاذا احدهما مروي فان العقد عنده فاسد في الصورتين فكذا هذا وعندهما جايز فكذا اصحابنا على ان البيع يتعدد بتفصيل الثمن عندهما وعنده يتعدد بلفظ المبيع والصحيح انه يجوز في فصل النقصان لانه لم يجعل قبول العقد في المعدوم شرطا لقبوله في الموجود بل قصد بيع الموجود الا انه غلط في العدد بخلاف المستشهد به فانه قصد الايجاب فيهما فجعل قبول العقد في كل واحد منهما شرطا لقبوله في الاخر وهو شرط فاسد تحققه ان الشيئين الموصوفين بوصف اذا دخلا في عقد واحد كان قبول كل واحد منهما شرطا لصحة العقد في الاخر بذلك الوصف اذ ليس للمشتري ان يقبل العقد في احدهما دون الاخر فاذا انعدم ذلك الوصف في احدهما كان ذلك شرطا فاسدا في الاخر فبالنظر الى وجود ذلك الشيء كان شرطا وبالنظر الى انعدام ذلك الوصف كان فاسدا واما اذا كان احدهما معدوما بذاته وصفه لم يكن داخلا في العقد حتى لا يكون قبوله شرطا لصحة العقد في الاخر لانه معدوم ولا يتصور فيه القبول بل هو غلط محض قال رحمه الله ومن اشترى ثوبا على انه عشرة اذرع كل ذراع بدرهم اخذه بعشرة في عشرة ونصف بلا خيار وبتسعة في تسعة ونصف بخيار معناه اذا اشترى ثوبا واحدا على انه عشرة اذرع كل ذراع بدرهم فاذا هو عشرة ونصف او تسعة ونصف ياخذه في الوجه الاول بعشرة من غير خيار وفي الوجه الثاني ياخذه بتسعة ان شاء وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ياخذه في الاول باحد عشر وفي الوجه الثاني ياخذه بعشرة ويخير في الوجهين وقال محمد ياخذه في الاول بعشرة ونصف وفي الوجه الثاني بتسعة ونصف ويخير فيهما لانه لما سمى لكل ذراع ثمنا على حدة التحق بالقدر ومن ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة النصف بالنصف كالمكيل وانما يخير لانه في الوجه الاول ازداد عليه الثمن بزيادة نصف ذراع وفي الوجه الثاني انتقص الثوب عما شرط فيخير كيلا يتضرر ولابي يوسف انه لما قابل كل ذراع بدرهم صار كل ذراع كثوب على حدة يبيع على انه ذراع بدرهم فاذا وجده ناقصا لا يسقط شيء من الثمن لما ذكرنا انه وصف وتغير الاوصاف لا يوجب سقوط شيء من الثمن ثم هو يخير فيهما لانه ازداد الثمن عليه فيما اذا وجده زايدا وانتقص المبيع في الاخر فلم يتم رضاه به ولابي حنيفة ان الذراع فيه وصف في الاصل وانما اخذ حكم المقدار بالشرط وهو مقيد بالذراع وبكونه مقابلا بالدرهم فعند عدمهما عاد الحكم الى الاصل ثم لا يخير في فصل الزيادة لانه مخالفة الى خير وفي النقصان يخير لفوات الوصف المرغوب فيه

بعينه لانه حرام فيما بقي بعد الثنيا ولان كل ما جاز ايراد العقد عليه بانفراده جاز استثناؤه من العقد وما لا يجوز فلا وبيع ارطال معلومة من الثمار جائز فكذا استثناؤها ونظيره بيع شاة معينة من القطيع فانه يجوز فكذا استثناؤها اما لو كانت مجهولة بان باع شاة منها بغير عينها لا يجوز فكذا استثناؤها وعلى هذا اطراف الحيوان واوصاف المبيع وقوله ربما لا يبقى بعده شيء الى اخره قلنا الاستثناء تصرف لفظي فيعتبر فيه صحة الكلام فاذا صح تم الكلام وصار مقيدا ولا يكون رجوعا ولو خرج الكل بذلك الطريق لانه يتوهم البقاء الا ترى انه لو قال نسائي طوالق الا فلانة وفلانة او قال عبيدي احرار الا فلانا وفلانا حتى اخرج الكل بهذا الطريق صح ولا يكون رجوعا وانما يكون رجوعا اذا كان بلفظه بان قال عبيدي احرار الا عبيدي او نسائي طوالق الا نسائي حتى لا يصح هذا الكلام ويلغو ويقع الطلاق والعتاق على الجميع فكذا هنا لا يكون رجوعا الا اذا قال بعتك هذه الثمار الا هذه الثمار واما الثاني وهو ما اذا باع برا في سنبله الى اخره فلانه مال متقوم منتفع به فيجوز بيعه في قشره كالشعير وقال الشافعي لا يجوز لان المعقود عليه مستور غايب عن البصر لا يعلم وجوده فلا يجوز بيعه كبزر البطيخ وحب القطن واللبن في الضرع والزيت في الزيتون قبل الاستخراج قلنا الفرق بينهما ان الغالب في السنبلة الحنطة الا ترى انه يقال هذه حنطة في سنبلها ولا يقال هذا حب ولا هذا لبن ولا زيت ولا قطن وعلى هذا الخلاف الفستق والبندق والجوز والحمص الاخضر وساير الحبوب المغلفة ولنا ما رواه مسلم وغيره انه عليه السلام نهى عن بيع النخل حتى يزهو وعن بيع السنبل حتى يبيض ويامن العاهة المراد به السلم يعني لا يجوز الاسلام فيه حتى يوجد بين الناس الا ترى الى ما رواه مسلم والبخاري بالاسناد عن النبي صلى الله عليه وسلم اذا منع الله الثمرة فبم تستحل مال اخيك فيكون حجة لنا في اشتراط وجود المسلم فيه من حين العقد الى حين المحل ولو اجري على اطلاقه كان حجة لنا ايضا في هذا الموضع لانه يقتضي جواز بيعه بالنص مطلقا من غير قيد بالفرك ولو كان كما قاله لقال حتى يفرك قال رحمه الله واجرة الكيل على البايع مراده فيما اذا بيع مكايلة وكذا اجرة وزن المبيع وذرعه وعده على البايع لان الكيل والوزن والذرع والعد فيما بيع مكايلة او موازنة او مذارعة او معادة من تمام التسليم وتسليم المبيع على البايع فكذا ما هو من تمامه قال رحمه الله واجرة نقد الثمن ووزنه على المشتري لما ذكرنا ان الوزن من تمام التسليم وتسليم الثمن على المشتري فكذا ما يكون من تمامه وكذا يجب عليه تسليم الجيد لان حق البايع تعلق به فيكون اجرة من يميز ذلك عليه اذ هو المحتاج اليه وهذه رواية ابن سماعة عن محمد رحمه الله وفي رواية ابن رستم عنه اجرة نقد الثمن على البايع لان النقد يكون بعد التسليم والوزن ليعرف المعيب من غيره فكان هو المحتاج اليه فتكون اجرته عليه وبالاول كان يفتي الصدر الشهيد وروي عن محمد ان اجرة النقد على رب الدين بعد القبض وقبله على المديون لان على المديون ايفاء حقه فيكون اجرة التمييز عليه وبعد القبض دخل في ضمان رب الدين ويدعي انه خلاف حقه فيكون تمييزه عليه قال رحمه الله ومن باع سلعة بثمن سلم هو اولا اي سلم الثمن اولا لان العقد يقتضي المساواة وحق المشتري قد تعين في المبيع فيسلم هو الثمن اولا لما ذكرنا وان كان المبيع غايبا فللمشتري ان يمتنع من تسليم الثمن حتى يحضر البايع المبيع على مثال الرهن مع المرتهن قال رحمه الله والا معا اي ان لم يكن سلعة بثمن سلما معا لاستوائهما في التعيين او في عدم التعيين وذلك لانه اما عين بثمن او سلعة بسلعة فالاول كلاهما غير معين والثاني متعين

باب خيار الشرط

قال رحمه الله صح للمتبايعين او لاحدهما ثلاثة ايام او اقل اي جاز خيار الشرط لهما جملة او لاحدهما ثلاثة ايام فما دونه لقوله عليه السلام لحبان بن منقذ الانصاري وكان يغبن في البياعات اذا بايعت فقل لا خلابة ولي الخيار ثلاثة ايام قال رحمه الله ولا اكثر اي لو شرطا اكثر من ثلاثة ايام لا يجوز وهذا عند ابي حنيفة وبه قال زفر والشافعي وقالا يجوز اذا سمى مدة معلومة لما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما انه اجاز الخيار الى شهرين ولان الخيار شرع للتروي لدفع الغبن وقد تمس الحاجة الى الاكثر فصار كالتاجيل في الثمن ولابي حنيفة ان شرط الخيار مخالف لمقتضى العقد وهو اللزوم وانما جوزناه بخلاف القياس بما رويناه من النص فيقتصر على مورد النص فتنتفي الزيادة بخلاف اشتراط الاجل لانه للقدرة على التحصيل وذلك بانتظار المدة

ولا يقال خياره ثبت بالنص فيما لم يره وفي منع الفسخ وحده ابطال له فكان باطلا لانا نقول نحن لا نمنع خيار الفسخ
فيه وانما نقول اذا اختار الفسخ يفسخ فيه وفي الاخر احترازا عن التفريق فكان فيه عمل بموجبه وفيه جمع بين الحديثين
لان الذي لم يره يرده بالحديث الاول والذي راه بالثاني لما ان الصفقة لا تتم مع خيار الروية قبل القبض وبعده
لخلل في الرضا بالعقد وهو الصفقة كما لا تتم بالايجاب وحده لعدم الرضا من الاخر بالصفقة وكذا لا تتم مع خيار العيب
قبل القبض لان العقد غير تام قبل القبض اذ لا يفيد ملك التصرف وليس له ان يفرق في القبض كما لا يفرق في القبول وبعد
القبض لا يمنع تمام الصفقة لو نهما قد رضيا بالعقد على تقدير السلامة وهي ثابتة ظاهرا فلزم وتم ولهذا افاد
العقد فيه ملك الرقبة والتصرف ولو كان في رضاهما خلل لما افاد وتحقيقه ان خيار العيب ثبت لفوات بعض اوصاف
المبيع وفوات بعض المبيع نفسه لا يمنع تمام الصفقة بعد القبض حتى يملك التصرف فيه فهذا اولى والتفريق بعد
ذلك لا يضر لانه تفريق في الفسخ اذ لم يبق بعد تمامه الا الفسخ ولهذا لا يملك احدهما الفسخ به بعد القبض بل ينفسخ
بقضاء القاضي او بالتراضي ولو كان يمنع التمام لملكه كما في خيار الشرط وخيار الروية ولصار نظير القبول في الانفراد
كما صار نظيره فيه **قال رح** ولا يورث كخيار الشرط لان الخيار يثبت بالنص للعاقد والوارث ليس بعاقد فلا
يثبت له ولان الخيار وصف له فلا يجري فيه الارث على ما بينا **قال رح** ومن اشترى ما راى خير ان تغير والا اي
ان لم يتغير لا يخير لان العلم بالمبيع قد حصل بالروية الاولى وقد رضي به ما دام على تلك الصفة الا اذا لم يعلم عند
العقد انه كان راه من قبل فحينئذ يثبت له الخيار لعدم رضاه لان الرضا بدون العلم باوصافه لا يتصور وانما يخير
اذا وجده متغيرا لان تلك الروية لم تقع معلمة له باوصاف المبيع فصار كانه لم يره **قال رح** وان اختلفا في التغير
فالقول قول البائع مع يمينه لان الظاهر يشهد له اذ الاصل بقاء ما كان على ما كان وكذا سبب اللزوم قد ظهر فلا
يصدق في دعواه التغير الا ببينة الا اذا بعدت المدة لان الظاهر شاهد له الا ترى ان الجارية الشابة تكون
عجوزا بطول الزمان **قال رح** والمشتري لو في الروية اي لو اختلفا في الروية كان القول قول المشتري لانها امر حادث
والمشتري ينكره فيكون القول له مع يمينه **قال رح** ولو اشترى عدلا وباع منه ثوبا او وهب رده بعيب لا بخيار روية
او شرط لان الرد قد تعذر فيما اخرجه عن ملكه ولا يمكنه ان يرد الباقي بخيار الروية والشرط سواء كان قبل القبض
او بعده لما فيه من تفريق الصفقة قبل التمام لانهما يمنعان تمام الصفقة على ما ذكرنا وفي خيار العيب يملك التفريق
بعد القبض على ما بينا وفيه وضع المسئلة فلو عاد اليه بسبب هو فسخ فهو على خيار الروية لارتفاع المانع من
الرد وهو تفريق الصفقة كذا ذكره شمس الائمة رحمه الله وعن ابي يوسف انه لا يعود لان الساقط لا يعود فصار كخيار الشرط
وعليه اعتمد القدوري رحمه الله بخلاف ما اذا وهب عبد المديون لمن له الدين او عبد الجاني من ولي الجناية حتى
سقط الدين والجناية ثم رجع في الهبة حيث يعودان عند ابي يوسف خلافا لمحمد والفرق لابي يوسف ان خيار الروية
اضعف منهما

باب خيار العيب

وهو ما يخلو عنه اصل الفطرة السليمة **قال رح** ومن وجد بالمبيع
عيبا اخذه بكل الثمن او رده لان مطلق العقد يقتضي السلامة من العيب فكانت السلامة كالمشروطة في العقد
صريحا لكونها مطلوبة عادة فعند فواتها يتخير كيلا يتضرر بالزام ما لا يرضى به كما اذا فات الوصف المرغوب
فيه المشروط في العقد كمن اشترى عبدا على انه خباز ونحوه فوجده بخلاف ذلك ولكون السلامة كالمشروطة في
العقد لا يحل له ان يبيع المعيب حتى يبين عيبه لقوله عليه السلام لا يحل لمسلم باع من اخيه بيعا وفيه عيب الا بينه
له رواه ابن ماجة واحمد بمعناه ومر عليه السلام برجل يبيع طعاما فادخل يده فيه فاذا هو مبلول فقال من غشنا
فليس منا رواه مسلم وغيره وكتب عليه السلام كتابا بعد ما باع فقال فيه هذا ما اشترى العداء بن خالد بن هوذة
من محمد رسول الله اشترى منه عبدا او امة لا داء ولا غائلة ولا خبثة بيع المسلم للمسلم رواه ابن ماجة والترمذي
فاذا اختار الاخذ اخذه بجميع الثمن ولا ينقص من الثمن شيئا لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن في العقد
بالعقد لكونها تبعا فلا تكون اصلا ولا مزاحمة له بخلاف ما اذا صارت مقصودة بالاتلاف بان حدث العيب بفعل

١٠

واعلم انه لو قال التاجر للمشتري انك قد غبنت وهذه العين لعدم الثمن غال كما ليس للمشتري
ان يرد بهذا القول بل لا بد ان يثبت التجار عيبا لتنقص القيمة بسببه كمن اشترى ابريق
فضة فقال له الصواغ هذا مغشوش الا ترى ان المصدق قال الا بن اللحم مستوي [illegible]

البائع بعد البيع قبل القبض حيث يسقط من الثمن بحصته اذا اختار الاخذ لان الاوصاف يكون لها حصة
لو فصلت والمراد به عيب كان عند البائع وقبضه المشتري من غير ان يعلم به ولم يوجد من المشتري ما
يدل على الرضا به بعد العلم بالعيب **قال رح** وما اوجب نقصان الثمن عند التجار عيب لان التضرر بنقصان المالية
وذلك بانتقاص القيمة والمرجع في قيمته عرف اهله **قال رح** كالاباق والبول في الفراش والسرقة لانها توجب نقصان
القيمة عندهم ثم اذا وجد شيء من هذه الاشياء من صغير غير مميز لا يكون عيبا وان كان مميزا يكون عيبا ويزول بالبلوغ
فان عاوده بعد البلوغ يكون عيبا حادثا غير الاول لزوال الاول بالبلوغ فيكونان مختلفين لاختلاف سببهما
فان البول قبل البلوغ لضعف في المثانة وبعده لداء في الباطن والاباق قبل البلوغ لحب اللعب والسرقة قبل البلوغ
لقلة المبالاة وهما بعده لخبث في الباطن حتى لو وجد شيء منها عند البائع قبل البلوغ ثم وجد عند المشتري
بعد البلوغ ليس له ان يرده لزوال الاول بالبلوغ ولو وجد عند البائع قبل البلوغ ووجد عند المشتري ايضا
قبل البلوغ يرده به ما لم يبلغ لاتحاد السبب وكذا اذا وجد عند البائع بعد البلوغ وعند المشتري ايضا بعد البلوغ
يرده لما ذكرنا والسرقة لا تختلف بين ان تكون من المولى او من غيره الا اذا سرق من المولى شيئا للاكل فانه لا يكون
عيبا فان التقصير جاء من المولى حيث احوجه اليه وان سرق طعاما من المولى ليبيعه يكون عيبا لانه لا يأتمنه في حفظ
ماله ولو سرق الشيء اليسير نحو الفلس والفلسين لا يكون عيبا ولو نقب البيت يكون عيبا وان لم يأخذ وفي الاباق
اذا خرج من البلد يكون عيبا بالاتفاق ان ابق من المولى او من رجل كان عنده باجارة او عارية او وديعة بخلاف
ما اذا ابق من الغاصب الى المولى او الى غيره ان لم يعرف منزله ولم يقو على الرجوع اليه وان لم يخرج منه اختلفوا فيه
والاشبه ان يقال ان كانت البلد كبيرة مثل القاهرة يكون عيبا وان كانت صغيرة بحيث لا يخفى عليه اهلها وبيوتها
لا يكون عيبا **قال رح** والجنون لما ذكرنا وهو فساد في الباطن لان العقل معدنه القلب وشعاعه في الدماغ والجنون
انقطاع ذلك الشعاع وهو لا يختلف باختلاف السن حتى لو وجد عند البائع في صغره وعاوده عند المشتري بعد
الكبر يرده لانه عين ذلك الاول وقيل لا يشترط المعاودة عند المشتري بل اذا ثبت انه كان به جنون عند البائع يرده
وان لم يعاوده في يد المشتري لانه قل ما يزول والصحيح انه لا يرده حتى يعاوده عنده لان الله تعالى قادر على ازالته
فلا بد من المعاودة ومقداره ان يكون اكثر من يوم وليلة وما دونه لا يكون عيبا وقال بعضهم المطبق عيب وما
دونه لا يكون عيبا **قال رح** والبخر والدفر والزنا وولده في الجارية يعني هذه الاربعة تكون عيبا في الجارية دون
الغلام لانه يخل بالمقصود فيها وهو الاستفراش وطلب الولد لا في الغلام لان المطلوب منه الاستخدام وهذه لا تخل به
لانه يتحدث معه عن بعيد وكونه ولد زنا او فيه بخر او زانيا او ولد زنا لا يمنعه منه الا ان يكون فاحشا
بحيث يمنع القرب من المولى او يكون الزنا عادة له لان الفاحش من البخر والدفر يكون من داء وهو عيب واتباع النساء
يشغله عن الخدمة وذلك بان يتكرر منه الزنا اكثر من مرتين والعيوب كلها لا بد لها من المعاودة عند المشتري
حتى يرد الا الزنا في الجارية فانه روي عن محمد رحمه الله في الامالي لو اشترى جارية بالغة وقد كانت زنت عند البائع
فللمشتري ان يردها وان لم تزن عنده للحوق العار بالاولاد وفي نوادر بشر عن ابي يوسف رجل اشترى جارية فابقت
عنده ثم وجدها واستحقها مستحق ببينة فعيب الاباق لازم لها وهذا نص على ان الاباق ايضا لا يشترط معاودته
فعلى هذا يرجع المستحق بنقصان العيب عليه وان لم يعاودها عنده وكل من اشترى منه يردها عليه به من غير
معاودة عنده والاول هو الظاهر وقد ذكرنا وجهه وقال الشافعي الزنا في الغلام عيب كالسرقة قلنا لا تنقص
الا اذا كثر منه بخلاف السرقة فان المولى يشق عليه حفظ ماله عنه وكذا اجرة
الحد وهو قطع اليد من حد الزنا وهو الجلد **قال رح** والكفر يعني في الغلام والجارية فهو عيب لان طبع المسلم
ينفر عن صحبته للعداوة الدينية ولا يجوز اعتاقه عن كفارة القتل فتختل الرغبة فيه ولو اشتراه على انه كافر
فوجده مسلما لا يرده لانه زوال العيب وقال الشافعي رحمه الله يرده لفوات الوصف المرغوب فيه لان استعباد الكافر واذلاله

مطلوب المسلمين لحجة عليه ماذكرناه قال رحمه الله وعدم الحيض والاستحاضة لان ارتفاعه واستمرار الدم امارة الداء
وهذا لان الحيض مركب في بنات ادم فاذا لم تحض فالظاهر انه لداء فيها وذلك الداء هو العيب وكذا الاستحاضة
لداء فيها ولا تسمع دعواه بانه ارتفع الا اذا ذكر سببه وهو الداء والحبل فما لم يذكر احدهما لا تسمع دعواه ويعتبر
في الارتفاع اقصى غاية البلوغ وهو سبع عشرة سنة عند ابي حنيفة رحمه الله ويعرف ذلك بقول الامة لانه لا يعرفه غيرها
ويحلف البايع مع ذلك ان كان بعد القبض فترد بنكوله وان كان قبله فكذلك في الصحيح عن ابي يوسف رحمه الله ترد بلا
يمين البايع لضعف البيع قبل القبض حتى يملك المشتري الرد بلا قضاء ولا رضاء وصح الفسخ للعقد الضعيف بحجة
ضعيفة قالوا في ظاهر الرواية لا يقبل قول الامة فيه ذكره في الكافي ولو ادعى انقطاعه في مدة قصيرة لا تسمع
دعواه وفي المديدة تسمع واقلها ثلاثة اشهر عند ابي يوسف واربعة اشهر وعشر عند محمد وعن ابي حنيفة وزفر
انها سنتان وجملة الامر فيه انه اذا ادعى انقطاعه واحسن دعواه على ماذكرنا سال القاضي البايع فان اقر
بما ادعاه المشتري ردها على البايع وان انكر قيام العيب للحال وهو انقطاعه لا يحلف عند ابي حنيفة على ما يجي
ان شاء الله وان اقر بقيامه في الحال وانكر انه كان عنده يحلف فان حلف برئ وان نكل رد عليه وان اقام المشتري
البينة على ان الانقطاع كان عند البايع قال في الكافي لا يقبل لانهم لا يعرفون انقطاعه فيتيقن الحاكم بكذبهم بخلاف
ما اذا شهدوا انه استحاضة لان الاستحاضة درور الدم فيطلع عليه وذكر في النهاية معزيا الى فتاوى الفضلي
ان المرجع في الحبل الى قول النساء وفي الداء الى قول الاطباء واشترط لثبوت العيب فيها قول عدلين منهم وقال
بخلاف ما لم يطلع عليه الرجال حيث يثبت بقول امراة واحدة ثم ذكر بعده مثل ما ذكر في الكافي وعزاه الى الفوايد
الظهيرية ثم اذا ثبت العيب بقول المراة يحلف البايع على انه لم يكن عنده لان المشتري لا يرد بعيب حادث عنده وانما
يرد بعيب كان عند البايع فلا بد من اليمين قال رحمه الله والسعال القديم لان دوامه يدل على الداء وينتقص بسببه قيمته
قال رحمه الله والدين لان ماليته تكون مشغولا به ويتقدم الغرماء على المولى قال رحمه الله والشعر والماء في العين لانهما
يضعفان البصر ويورثان العمى قال رحمه الله فلو حدث عند المشتري رجع بنقصانه او رد برضا بايعه اي لو حدث عند
المشتري عيب واطلع على عيب كان عند البايع فله ان يرجع بالنقصان وليس له ان يرده الا برضا البايع لان بالرد
اضرارا بالبايع لانه خرج عن ملكه سالما عن العيب الثاني ولا بد من دفع الضرر عنهما فتعين الرجوع بالنقصان
الا ان يرضى البايع باخذه لانه رضي بالتزام الضرر فيخير المشتري حينئذ ان شاء رده وان شاء رضي به وليس له
ان يرجع بالنقصان بعدما رضي البايع به لزوال الموجب لذلك وهو امتناعه من اخذه بخلاف ما اذا خاط الثوب
قميصا ثم اطلع على عيب حيث يرجع عليه بالنقصان وليس له ان ياخذ الثوب لان امتناع الرد هناك لحق الشرع
كيلا يلزم الربا ولا يقدر على اسقاطه وهنا امتنع لحق البايع فيسقط باسقاطه ولا يقال ان الاوصاف لا يقابلها
شيء من الثمن فكيف يرجع عليه بالنقصان لانا نقول اذا صارت مقصودة يقابلها وتصير مقصودة باحد امرين
اما بالاتلاف حقيقة كما اذا قطع البايع يده قبل القبض فانه يسقط من الثمن بقدره وهو النصف واما بالمنع حكما
كما اذا امتنع الرد لحقه او لحق الشارع بان نقص او زاد لان الجزء الفايت صار حقا للمشتري بالعقد ووجب عليه
تسليمه فاذا عجز صار ما نعا لذلك الجزء حكما فيرد عليه المبيع ان امكن دفعا للضرر عنه ولا يرجع عليه بالنقصان
لاندفاع الضرر به وان لم يمكن رجع عليه بحصته من الثمن وصار له حصة من الثمن لكونه مقصودا بالمنع حكما
فاعتبر الحكمي الضروري عند تعذر دفع الضرر عنه بغيره وطريق معرفته ان يقوم وبه هذا العيب ثم يقوم وهو
سالم فاذا عرف التفاوت بين القيمتين يرجع عليه بحصته من الثمن حتى اذا كان عشر القيمة مثلا رجع عليه بعشر الثمن
وان كان ثلثا فبثلثه وقال مالك يرد المشتري المبيع ويرد معه نقصان العيب الحادث عنده لان رد البدل عند
تعذر المبدل كرده فصار راد الكل المبيع فيرجع عليه بكل الثمن ولنا ان حق الرد ثبت للمشتري ليندفع بسببه الضرر
عن نفسه على وجه لا يتضرر به البايع وبعدما تعيب عنده لو رده لتضرر به البايع لانه خرج عن ملكه سليما عن العيب

بيانه اذا اشترى ثوبا بعشرة وقيمته ... فاطلع على عيب ينقص من قيمته عشرة وقد حدث عنده عيب اخر فانه يرجع على البايع بعشر الثمن وهو درهم كذا في الشارح مستخلص

الحادث عنده ويعود اليه معيبا به فلا يلزمه وضرر المشتري امكن دفعه بالرجوع عليه بحصته من الثمن فلا يصار
اليه اصلا ثم لو رضي البايع باخذ المبيع بعيبه فقد التزم الضرر باختياره وليس له ان يرجع على المشتري كما لا يرجع المشتري
بشيء على البايع اذا رضي باخذ المعيب ولا يقال مراعاة حق المشتري اولى عند تعارض الحقين لان البايع دلس عليه
وصار مغرورا من جهته فترجح مراعاة حقه لذلك لانا نقول ذلك معصية منه والمعصية لا تنافي عصمة مال
العاصي الا ترى ان من غصب ثوبا فخاطه او صبغه لا تسقط عصمة صنعته قال رحمه الله ومن اشترى ثوبا فقطعه فوجد
به عيبا رجع بالعيب لان القطع عيب حادث وقد بينا انه يمنع الرد ويوجب الرجوع بالنقصان بخلاف ما اذا اشترى
بعيرا فنحره فوجد معاه فاسدا حيث لا يرجع بالنقصان عند ابي حنيفة والفرق له ان النحر افساد للمالية لانه يصير
به عرضة للنتن والفساد ولهذا لا يقطع السارق بسرقته فاختل قيام ماليته بفعله فصار كاتلافه كما اذا كان
عبدا او طعاما فقتله او اكله قال رحمه الله وان قبله البايع كذلك له ذلك لان الامتناع لحقه وقد رضي به بخلاف
ما اذا كان الامتناع لزيادة فيه حيث لا يكون له اخذه لان الامتناع لحق الشرع على ما بينا قال رحمه الله وان باعه المشتري
لم يرجع بشيء لانه صار حابسا له بالبيع اذ الرد غير ممتنع بالقطع برضى البايع على ما بينا فكان مفوتا للرد بخلاف
ما اذا خاطه ثم باعه حيث لا يبطل الرجوع بالنقصان لانه لم يصر حابسا له بالبيع لامتناع الرد قبله بالخياطة
من غير علم بالعيب وبيعه بعد امتناع الرد لا تاثير له قال رحمه الله فلو قطعه وخاطه او صبغه او لت السويق بسمن
فاطلع على عيب رجع بنقصانه كما لو باع بعد روية العيب يعني باعه في هذه الصور وانما يرجع بالنقصان لتعذر
الرد بسبب الزيادة اذ الفسخ في الاصل بدون الزيادة لا يمكن لانها لا تنفك عنه ومع الزيادة ايضا لا يمكن لان العقد
لم يرد عليها فكذا الفسخ اذ هو لا يرد الا على عين ما ورد عليه العقد والا لما كان فسخا ولو اخذه لكان ربوا ايضا على ما بينا
فاذا امتنع الرد بسبب الزيادة لا تاثير للبيع لامتناع قبله ولا يصير به حابسا بخلاف القطع من غير خياطة على ما ذكرناه
وبخلاف ما اذا زاد المبيع زيادة متصلة كالسمن والجمال حيث لا يمنع الرد بالعيب في ظاهر الرواية ويصير بالبيع بعدها
حابسا له لان الزيادة في مثلها تبع محض لكونها وصفا له فلا يمنع الفسخ فحاصله ان الزيادة نوعان متصلة ومنفصلة
فالمتصلة ضربان متولدة من الاصل كالجمال وغير متولدة منه كالصبغ وقد ذكرنا حكمهما والمنفصلة ايضا نوعان متولدة
من المبيع كالولد والثمر واللبن ونحو ذلك فانه يمنع الرد لانه لا وجه الى الفسخ فيها مقصودا لان العقد لم يرد عليها
ولا تبعا لانفصالها ولا الى الفسخ في الاصل وحده بدون الزيادة لانه يودي الى الربوا لان المشتري اذا رد المبيع واخذ
الثمن تبقى الزيادة في ملكه بلا عوض والنوع الثاني من هذا النوع زيادة غير متولدة من الاصل كالكسب فانه لا يمنع
الرد بالعيب والفسخ فاذا فسخ يسلم للمشتري مجانا لانه ليس بمبيع بحال ما لانه متولد من المنافع والمنافع ليست
بجزء العين ولهذا لا يتبع الكسب الكاسب في الحرية والكتابة والتدبير والاستيلاد حتى لا تكون اكسابهم مثلهم
ولا يلزم من حصولها للمشتري ان يكون مجانا لانه ليس بجزء المبيع فلم يملكه بالثمن وانما ملكه بالضمان وبمثله
يطيب الربح لما روي انه عليه السلام قضى ان الخراج بالضمان رواه مسلم والبخاري وغيرهما وفي رواية ان رجلا ابتاع
غلاما فاستغله ثم وجد به عيبا ورده بالعيب فقال البايع غلة عبدي فقال النبي صلى الله عليه وسلم الغلة بالضمان رواه
احمد وابو داود وابن ماجة فاذا ثبت هذا فنقول ان كل موضع يكون المبيع فيه قايما على ملك المشتري ويمكنه
الرد برضا البايع فاخراجه عن ملكه يمنع الرجوع بالنقصان لكونه مفوتا له وكل موضع يكون المبيع قايما فيه ولا يمكنه
الرد وان رضي به البايع فاخراجه عن ملكه لا يمنع الرجوع بنقصان العيب لانه لم يصر مفوتا بالاخراج بل كان ممتنعا
قبله ولهذا قلنا ان من اشترى ثوبا فقطعه لباسا لولده الصغير وخاطه ثم وجد به عيبا لا يرجع بنقصان العيب
لانه صار مملكا له بالقطع قبل الخياطة في وقت لا يمتنع الرد ولو كان الولد كبيرا رجع بالعيب لانه لم يصر مملكا
له الا بقبضه اذ لا ولاية له عليه فحصلت الخياطة من غير علم بالعيب في ملك الاب فامتنع الرد به ثم حصل التمليك
بعد ذلك بالتسليم ولا يمتنع الرجوع بالنقصان قال رحمه الله او مات العبد او اعتقه اي الخياطة ونحوها لا تمنع الرجوع

قاعدة الرجوع وعدمه على البايع بالثمن

بنقصان العيب كما لا يمنع البيع بعد الزيادة على ما تقدم وكما لا يمنع موت العبد او اعتاقه اما الموت فانه لا يمنع
فلان الملك ينتهي به لان الملك في محل الحياة يثبت باعتبارها فينتهي بانتهائها وامتناع رده على البائع حكمي لا بفعل
من المشتري فلا يمنع الرجوع بالنقصان واما الاعتاق فالمراد به اعتاق وجد منه قبل العلم بالعيب وان اعتقه بعد العلم
به فلا يرجع بالنقصان لان اقدامه على الاعتاق يدل على رضاه به والقياس فيه ان لا يرجع بالنقصان وان كان قبل
العلم بالعيب وهو قول الشافعي رحمه الله لان امتناع الرد بفعله فصار كالقتل وجه الاستحسان ان الاعتاق انهاء للملك
لان الملك في الآدمي يثبت على منافاة الدليل الى غاية العتق والشيء ينتهي بمضي مدته والمنتهي يتقرر في نفسه
فيجعل كان الملك فيه باق وتعذر رده ولهذا يثبت الولاء بالعتق وهو من آثار الملك فبقاؤه كبقاء الملك والتدبير
والاستيلاد كالاعتاق لتعذر الرد فيهما بالامر الحكمي مع بقاء الملك حقيقة ولو اعتقه على مال لم يرجع بشيء لانه
حبس بدله وهو كحبس المبدل وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يرجع لانه انهاء للملك وان كان بعوض ولان العوض والمعوض
ملكه فكان كالعتق بلا عوض والكتابة مثل الاعتاق على مال لحصول العوض فيها كالبيع وان عجز المكاتب ينبغي ان
يرده بالعيب لزوال المانع وهذا كما قلنا اذا ابق العبد ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان لان الرجوع خلف
عن الرد فلا يصار الى الخلف ما دام حيا لان رجوعه موهوم فيمكن رده فاذا رجع رده لزوال المانع ولو اشترى
المكاتب اباه او ابنه ثم اطلع على عيب لا يرده لانه تكاتب عليه ولا يتمكن من اخراجه عن ملكه ولا يرجع بالنقصان
لانه خلف عن الرد ولم يقع الياس عنه بخلاف التدبير والاستيلاد ولو عجز المكاتب يرده مولاه ويتولاه العبد لانه
هو الذي اشتراه فكان حقوقه اليه كما لو اشترى عبد ثم عجز واطلع المولى على العبد عيبا فانه يرده ويتولاه
المكاتب لانه هو العاقد قال رحمه الله فان اعتقه على مال او قتله او كان طعاما فاكله او بعضه لم يرجع بشيء اما العتق
على نقد ذكرناه واما القتل فلان الرد امتنع بفعله وهو مضمون عليه وانما سقط الضمان عنه باعتبار انه
ملكه فصار منتفعا بهذا الملك من حيث دفع الضمان عن نفسه فصار كانه سلم له الضمان معنى الا ترى انه لو
لم يكن ملكا له لوجب عليه ضمانه وعن ابي يوسف انه يرجع بالنقصان لان قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم دنياوي
فصار كالموت حتف انفه فيكون انهاء للملك وجوابه ما ذكرنا وهذا بخلاف ما اذا صبغ الثوب او فعل فيه نحوه
حيث يرجع بالنقصان مع امتناع الرد بفعله لان هناك امتناع الرد بسبب زيادة المبيع لحق الشرع على ما بينا
والعين قائم على حاله ولم يحصل له عنه عوض فلم يوجد ما يمنع الرجوع فصار نظير الاستيلاد والتدبير والاعتاق
واما اكل الطعام فالمذكور هنا قول ابي حنيفة والقياس ان يرجع بالنقصان وهو قولهما لانه فعل في المبيع ما
يقصد بشرائه ويعتاد فيه فعله فاشبه الاعتاق وجه الاستحسان ان الرد قد تعذر بفعل مضمون منه وانما
سقط الضمان عنه باعتبار انه ملكه فصار كالاحراق بالنار وقتل العبد وكونه مقصودا لا تاثير له فيه الا ترى ان
البيع مقصود بالشراء ومع ذلك يمنع منه والاصل في جنس هذه المسائل ان الرد متى امتنع بفعل مضمون من المشتري
كالقتل والتمليك من غيره امتنع الرجوع بالنقصان ومتى امتنع لا من جهته او من جهته بفعل غير مضمون كالهلاك
بآفة سماوية او انتقص او ازداد زيادة مانعة من الرد او الاعتاق او توابعه كالتدبير والاستيلاد لا يمنع من الرجوع
بالنقصان وان اكل بعض الطعام فكذا الجواب عنده وليس له ان يرد الباقي ولا ان يرجع بنقصانه لانه كشيء واحد
فلا يرد بعضه دون بعض كما اذا باع البعض وعندهما يرجع بنقصان العيب في الكل وليس له ان يرد الباقي لان الطعام
كشيء واحد فيتعيب بالتبعيض واكل الكل لا يمنع الرجوع فالبعض اولى وعنهما انه يرد الباقي ويرجع بنقصان
ما اكل لان التبعيض لا يضره وان باع بعضه ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان لا في المزال عن ملكه ولا في الباقي
لان امتناع الرد بفعله وهو مضمون عليه وعندهما يرجع بنقصان الباقي قال رحمه الله ولو اشترى بيضا او قثاء او جوزا
فوجده فاسدا ينتفع به رجع بنقصان العيب لان الكسر عيب حادث الا اذا رضي به البائع لانه اسقط حقه وقال
الشافعي رحمه الله اذا كسر منه مقدار ما لا بد منه للعلم بالعيب يرده لان البائع سلطه عليه فكانه فعله بنفسه

مطلب ما تعدد فيما يسوغ للمشتري اخذ الارش وفيما لا يسوغ ويمتنع به

قلنا رضي بكسره في ملك المشتري لا في ملك نفسه فيجب رعاية حقهما بالرجوع بنقصان العيب على ما بينا من قبل
فصار كما لو باع ثوبا فقطعه ثم اطلع على عيب ولو علم بصفته قبل الكسر رده لامكانه قال رحمه الله والا بكل الثمن
اي ان لم ينتفع به رجع بكل الثمن لانه ليس بمال فكان البيع باطلا قالوا هذا يستقيم في البيض لانه لا قيمة لقشره
وكذا في الجوز اذا لم يكن لقشره قيمة واما اذا كان لقشره قيمة بان كان في موضع يوقد فيه قشره كما في مواضع
الزجاجين فقيل يرجع بحصة اللب ويصح البيع في القشر بحصته لانه مال متقوم فصار محلا للبيع وقيل يرد
القشر ويرجع بكل الثمن لان مالية الجوز باعتبار اللب دون القشر فاذا لم ينتفع بلبه فات محل البيع فكان
باطلا وان كان لقشره قيمة هذا اذا ذاقه فتركه فان تناول منه شيئا بعدما ذاقه فلا يرجع عليه بشيء لانه
صار به آكلا للبعض وينبغي ان يكون على الخلاف الذي ذكرنا في الطعام هذا اذا كسره من غير علم به ولو كسره
بعد العلم به لا يرده ولا يرجع بالنقصان لان كسره بعد العلم به دليل الرضى وقالوا هذا اذا وجده خاويا وان
كان فيه قليل لب ياكله بعض الفقراء او يصلح للعلف فهو من قبيل العيب وحكمه ما ذكرناه وقالوا في بيض
النعامة اذا وجده فاسدا بعد الكسر يرجع بنقصان العيب لان ماليته باعتبار القشر بخلاف غيره مما ذكرنا
وان وجد البعض فاسدا وهو قليل جاز البيع استحسانا لانه لا يخلو عن القليل من الفاسد عادة فلا يمكن
التحرز عنه وذلك مثل الواحد او الاثنان من كل مائة فليس له ان يخاصم البائع بسببه وان كان اكثر من ذلك
اختلفوا فيه فقيل باطل عند ابي حنيفة وعندهما يجوز بحصة الصحيح منه لانه بمنزلة ما لو فصل ثمنه لانه ينقسم
ثمنه على اجزائه كالمكيل والموزون لا على قيمته وقبل العقد لا يجوز عند الكل لانه لم يفصل الثمن والاول اصح
لما عرف من قواعدهم قال رحمه الله ولو باع المبيع فرد عليه بقضاء يرده على بائعه ولو برضا لا اي لو اشترى شيئا
ثم باعه فرد عليه بالعيب له ان يرده على بائعه ان كان رد عليه بقضاء لان الرد بالقضاء فسخ في حق الكل فيكون كانه
لم يبعه وان كان الرد بالتراضي من غير قضاء القاضي لا يرده على بائعه وقيل في عيب لا يحدث مثله كالاصبع الزائدة
يرده للتيقن به عند البيع الاول والاصح انه لا يرده عليه في الكل لان الفسخ بالتراضي بيع جديد في حق غيرهما
اذ لا ولاية لهما على غيرهما بخلاف القاضي لان له ولاية عامة فينفذ قضاؤه على الكل وهذا اذا كان الرد بعد
القبض وان كان قبله فله ان يرد على بائعه وان كان بالتراضي في غير العقار لان بيع المبيع قبل القبض لا يجوز فلا يمكن
جعله بيعا جديدا في حق غيرهما فجعل فسخا في حق الكل على ما نبينه في الاقالة ان شاء الله تعالى وفي العقار اختلاف
المشايخ على قول ابي حنيفة والاظهر انه بيع جديد في حق البائع الاول لان العقار يجوز بيعه قبل القبض
عنده فليس له ان يرده على بائعه كانه اشتراه بعدما باعه وعند محمد فسخ لانه لا يجوز بيعه قبل القبض عنده
وعند ابي يوسف بيع في حق الكل على ما عرف من مذهبه ولا فرق بين ان يكون قضاء القاضي ببينة او باقرار او بنكول
لان قضاءه فسخ في الكل وقال محمد رحمه الله لا يرده على بائعه ان رد عليه ببينة لانه انكر قيام العيب به فيكون
اقرارا منه على انه سليم قلنا قد صار مكذبا شرعا فبطل اقراره وقال زفر لا يرده على بائعه اذا كان القضاء باقرار
او نكول لان اقراره لا يقبل في حق غيره فلا يكون حجة على بائعه فلا يصير فسخا في حقه كالفسخ بالتراضي وهذا لان
القاضي مضطر الى القضاء من جهته فانتقل الفعل اليه لان فعل المكره منسوب الى المكره قلنا لا ينتقل فعل
المكره الى المكره الا فيما يصلح آلة له كما في القتل فانه يمكنه ان ياخذه ويضربه به واما فيما لا يصلح فلا ينتقل
اليه كما في الاكراه على الطلاق والعتاق لانه يوقعهما بكلامه والمكره لا يصلح ان يكون آلة له فيه اذ لا يقدر
ان يتكلم بلسان غيره والقاضي لا يصلح ان يكون آلة له فلا ينتقل اليه فان قيل لما باشر سبب الفسخ وهو النكول
او الاقرار بالعيب صار راضيا بحكم السبب فلا يلزم بائعه قلنا المسالة مفروضة فيما اذا اقر بالعيب وابى
القبول فرد عليه القاضي جبرا او الفسخ لا يثبت باقراره ولا بنكوله بل بقضاء القاضي فينفذ قضاؤه في حق الكافة
فكان له ان يرده على بائعه لانه لما فسخ العقد بينهما عاد اليه قديم ملكه فصار كانه لم يخرج عن ملكه

وهذا بخلاف الوكيل بالبيع اذا رد عليه بالعيب بقضاء القاضي حيث يكون ردا على الموكل لان البيع منه واحد
وقد فسخ والموجود هنا بيعان ففسخ احدهما لا ينفسخ الاخر فاذا عاد قديم ملكه كان له ان يرد لظهور الفسخ
في حق الكافة على ما بينا ولا يقال لو كان فسخا في حق الكافة لبطل حق الشفيع به في الشفعة ولكان لاب
البايع ان يدعي ولد المبيعة المولود عند المشتري قبل الفسخ او بعده فيما اذا كان المبيع جارية حبلى ولبطلت
الحوالة بثمنه على المشتري لارتفاع العقد من الاصل فكانه لم يبع لانا نقول حكم الفسخ يظهر فيما يستقبل لا في ما
مضى وهذه الاحكام وهو ثبوت حق الشفعة وسقوط دعوة الاب وبراءة ذمة المحيل كانت ثابتة قبل الفسخ
بالبيع او بالحوالة فلا تسقط بالفسخ الا ترى ان الواهب اذا رجع في الهبة كان فسخا في حق ما يستقبل من الاحكام
لا في حق ما مضى حتى لا يجب على الواهب زكاة ما مضى من السنين وقال شيخ الاسلام قول القايل بان الرد بالقضا
فسخ العقد وجعل له كانه لم يكن متناقض لان العقد اذا جعل كان لم يكن جعل الفسخ ايضا كان لم يكن لان فسخ
العقد بدون العقد لا يكون فاذا انعدم العقد من الاصل انعدم الفسخ من الاصل فاذا انعدم الفسخ عاد العقد
لانعدام ما ينافيه فيتمكن في هذه الدعوى دور وتناقض من هذا الوجه ولكن يقال يجعل العقد كان لم يكن
في حق المستقبل دون الماضي **قال رحـ** ولو قبض المشتري المبيع وادعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن ولكن يبرهن
او يحلف بايعه اي لم يجبر المشتري على دفع الثمن بعد دعوى العيب لاحتمال ان يكون صادقا فيه فلا يجب عليه
دفع الثمن لانه لو اجبر واخذ منه الثمن فربما يثبت المشتري العيب لاحتمال ان يكون صادقا فيه فيسترد من البايع
فيكون اشتغالا بما لا يفيد وفيه نقض القضا فلا يصار اليه حتى يتبين حاله ولان المشتري منكر وجوب دفع الثمن
عليه حيث انكر تعين حقه بدعوى العيب فكان وجوب دفع الثمن اولا لتعين حق البايع فيه بازاء تعين حق
المشتري في المبيع وقوله ولكن يبرهن اي يقيم البينة لاثبات العيب وكيفية اثباته يقيم البينة اولا ان
العيب الذي يدعيه وجد بالمبيع عنده اي عند المشتري لانه اذا لم يوجد العيب عنده فليس له ان يرده بالعيب
وان كان به عند البايع لاحتمال انه زال فاذا اقام البينة انه وجد فيه عنده يحتاج الى اقامة البينة على ان
هذا العيب كان به عند البايع لاحتمال انه حدث عنده فلا يستحق عليه الرد فاذا اثبت انه كان فيه عند البايع
فسخ العقد بينهما لثبوته في الحالين عنده وعند البايع وصورة التحليف ان يحلف البايع ان هذا العيب لم يكن
فيه عندك وذلك بعد اقامة المشتري البينة انه وجده فيه عنده اي عند المشتري لان البايع لا ينتصب خصما
حتى يقيم المشتري البينة على قيام العيب في الحال على ما بينا ولو لم يكن للمشتري بينة على وجود العيب عنده
وقيامه في الحال هل يحلف المشتري فعلى قول ابي يوسف ومحمد يحلف لانه لو اقر به لزمه فاذا انكر يحلف ولان
الدعوى معتبرة حتى يترتب عليها البينة فكذا التحليف عند العجز عنها فان حلف بري وان نكل ثبت قيام العيب
للحال ثم يحلف ثانيا ان هذا العيب لم يكن فيه عنده فان حلف بري وان نكل فسخ القاضي العقد بينهما لثبوت
العيب في الحالين على ما بيناه في البينة واختلف المشايخ على قول ابي حنيفة فقال بعضهم يحلف لما ذكرنا وقال
بعضهم لا يحلف وهو الاصح لان الحلف يترتب على دعوى صحيحة ولا تصح الدعوى الا من خصم ولا يصير خصما فيه
الا بعد قيام العيب عنده ولا يلزم من ترتب البينة ترتب اليمين كما في الحدود والاشيا الستة وهذا لان
البينة للالزام فلا يشترط فيها تقدم الدعوى واليمين لقطع الخصومة فلا بد من الدعوى الصحيحة وذلك
بقيام العيب فيه لان التحليف شرع لدفع الخصومة المحققة لا لانشايها ولو حلف البايع هنا لا تنقطع الخصومة
بينهما بل تنشا لانه اذا نكل ثبت قيام العيب فيه في الحال ثم تنشا خصومة اخرى فيحلف ثانيا على انه لم يكن
عنده على ما بينا ويرد على هذا مسئلة الشفعة وهي ان الشفيع اذا تقدم الى القاضي يطلب الشفعة فان القاضي
يسال المدعى عليه عن التي يشفع بها فان اقر بانها ملكه صار خصما فيساله هل ابتاع ام لا فان لم يقر ولم يكن للشفيع
بينة انها ملكه استحلف المشتري ما يعلم انها ملكه فان نكل ثبت انها ملكه ثم تنشا خصومة اخرى فان القاضي

القضاء

البايع

فصل في الفسخ بالعيب

يساله هل ابتاع ام لا وهذا تحليف لانشاء الخصومة ذكره القدوري ولم يحك فيه خلافا **قال رحـ** وان قال شهودي
بالشام دفع ان حلف بايعه اي اذا قال المشتري شهودي في الشام استحلف البايع فان حلف دفع اليه الثمن
لان في الانتظار ضررا بالبايع وليس في دفع الثمن اليه كبير ضرر على المشتري لانه على حجته متى اقام البينة رد
عليه المبيع واخذ منه الثمن وان نكل البايع لزم العيب لانه حجة فيه بخلاف الحدود حيث لا يكون النكول
فيها حجة ولهذا لم يحلف فيها وكيفية التحليف ما بيناه **قال رحـ** فان ادعى اباقا لم يحلف بايعه حتى يبرهن
المشتري انه ابق عنده فان برهن حلف بالله لقد ما ابق عندك قط اي اذا ادعى المشتري ان العبد الذي اشتراه
ابق فانكر البايع واراد المشتري تحليفه لا يحلف البايع حتى يقيم المشتري بينة انه ابق عند نفسه فان اقام حلف
لما ذكرنا ان البايع لم ينتصب خصما حتى يثبت المشتري ان العيب وجد فيه عند المشتري وهذا قول ابي حنيفة
وعندهما يحلف وقد بيناه انفا وقوله ما ابق عندك قط فيه ترك النظر للمشتري والاحوط ان يحلف بالله
ما ابق قط او بالله ما يستحق عليك الرد من الوجه الذي ذكرناه او بالله لقد سلمه وما به هذا العيب لانه
يحتمل انه باعه وقد كان ابق عند غيره وبه يرد عليه وفيما ذكره ذهول عنه ولو كان الدعوى في اباق العبد الكبير
يحلف بالله ما ابق منذ بلغ مبلغ الرجال لان الاباق في الصغر يزول بالبلوغ فلا يوجب الرد على ما بيناه من قبل
ولا يحلف بالله لقد باعه وما به هذا العيب لانه قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو يوجب الرد وكذا لا يحلف
بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب لانه يوهم تعلقه بالشرطين فيتاول له في اليمين عند قيامه في احدى
الحالتين وهي حالة التسليم وانما كان التحليف على البتات هنا وان كان التحليف على فعل الغير على العلم لان البايع
يدعي تسليمه سليما فيكون مدعيا للعلم به فيحلف على ما يدعي الا ترى ان المودع لو قال ان المودع قبض الوديعة يحلف
على البتات لادعائه العلم بذلك وان كان القبض فعل غيره وكذا الوكيل لو ادعى ان الموكل قبض الثمن يحلف
على البتات لما قلنا وانما يحلف على العلم ان لو ادعى انه لا علم له به وهذا في العيوب التي لا تظهر للقاضي ولا تعرف
هي حادثة عند المشتري ام لا واما العيوب التي لا يحدث مثلها كالاصبع الزايدة او الناقصة فان القاضي يقضي
بالرد من غير تحليف لتيقنه بوجوده عند البايع الا اذا ادعى البايع رضى المشتري به وابرائه بطريقه فحاصله
ان العيوب انواع احدها ان يكون ظاهرا للحاكم فحكمه ما ذكرنا والثاني ما لا يعرفه الا الاطبا كوجع الكبد والطحال
فمعرفته اذا انكر البايع قول الاطبا فيقبل في قيام العيب للحال وتوجه الخصومة قول واحد منهم عدل
ثم لا بد من عدلين لاثباته عند البايع فيرد عليه اذا لم يدع الرضا به والثالث عيوب لا تعرفها الا النسا كالرتق
والعفل فيقبل في قيامه للحال قول امراة واحدة ثقة ثم ان كان بعد القبض لا يرد بقولهن بل لا بد من تحليف
البايع وان كان قبله فكذلك عند محمد وعند ابي يوسف يرد بقولهن من غير يمين البايع والرابع عيوب غير ظاهرة
للقاضي ولا يختص بمعرفتها الاطباء ولا النسا كالاباق ونحوها فحكمها ما ذكرناه **قال رحـ** والقول في قدر المقبوض
للقابض لانه هو المنكر حتى اذا رد المشتري بعيب جارية او عبدا بعد القبض فقال البايع كنت بعتك معه غيره
وقال المشتري بعته وحده فالقول قول المشتري لان القول قول القابض امينا كان او ضمينا كالغاصب والمودع
ولان البايع يدعي بقاء بعض الثمن في ذمته وهو حصة الاخر والمشتري ينكره فالقول قول المنكر مع يمينه وكذا
لو اتفقا على مقدار المبيع واختلفا في المقبوض لما بينا **قال رحـ** ولو اشترى عبدين صفقة فقبض احدهما ووجد
باحدهما عيبا اخذهما او ردهما يعني ليس له ان ياخذ السليم ويرد المعيب بل ياخذهما او يردهما لان فيه تفريق
تفريق الصفقة قبل التمام لان الصفقة تتم بقبضهما والتفريق في القبض كالتفريق في القبول لان القبض له شبه
بالعقد لكونه مفيدا ملك التصرف ومؤكدا لملك الرقبة وعن ابي يوسف انه اذا وجد العيب بالمقبوض له ان يرده
وحده لان الصفقة تمت فيه لتناهيها في حقه قلنا تمام الصفقة يتعلق بقبض المبيع وهو اسم لكله فلا يتصل التجزي
في التمام الا ترى ان حبس المبيع لما تعلق بطلانه بقبض الثمن لا يسقط الا بقبض كله ويبقى ببقاء جزء وكذا التسليم

قف على التحليف لانشاء الخصومة

قف التحليف في العيب على البتات

هو شيء يخرج من قبل النساء كالادرة للرجال

قف القول للقابض

الصفقة ضرب اليد على اليد في البيع ثم جعلت عبارة عن العقد مكين

قف التفريق في القبول

الصفقة لما تعلق بقبض المبيع لا يتم ببقاء جزء منه اذ هي لا تقبل التجزي في هذا المعنى قال رحمه الله ولو قبضهما ثم وجد باحدهما عيبا رد المعيب وحده وقال زفر رحمه الله ليس له ان يرده وحده لان فيه تفريق الصفقة وبتضرر البايع به لان العادة جرت بضم الردي الى الجيد فاشبه ما قبل القبض وخيار الشرط والروية ولنا انه تفريق الصفقة بعد التمام لان الصفقة تتم بالقبض لان العيب لا يمنع تمام الصفقة فيكون الفسخ بعده ابتداء في ملك المشتري من كل وجه فلا يمتنع التفريق فيقتصر على ما وجد فيه علة الرد الا يرى انه لو استحق احدهما بعد القبض لم يتخير في الباقي لتمامه بالقبض وان استحق قبله كان له ذلك كيلا تتفرق عليه الصفقة قبل التمام بخلاف خيار الشرط والروية لان الصفقة لا تتم معهما وان كان بعد القبض لعدم تمام الرضا وتضرر البايع من قبل تدليسه فلا يعتبر في حق المشتري كذا ذكر خلاف زفر في المبسوط وغيره وذكر في المختلف ان له ان يفرق قبل القبض اذا وجد باحدهما العيب عنده فيكون التي وجد به عيبا بعد القبض فانه يرده خاصة فكذا قبله وهذا مشكل وفيه تفاوت كثير فانه اذا امتنع التفريق بعد القبض وقد تم العقد فيه كان قبله اولى لان الصفقة لم تتم هذا اذا كان كل واحد منهما يمكن الانتفاع به على الانفراد وان كان لا ينتفع باحدهما دون الاخر كزوجي الخف ومصراعي الباب ليس له ان يرد احدهما دون الاخر وان كان بعد القبض بالاجماع وعلى هذا لو اشترى زوجي ثور فوجد باحدهما عيبا بعد القبض فان كان الف احدهما الاخر بحيث لا يعمل بدونه لا يملك رد المعيب دونه قال رحمه الله ولو وجد ببعض الكيلي او الوزني عيبا رده كله او اخذه يعني اذا كان من نوع واحد لان المكيل والموزون اذا كان من جنس واحد كشيء واحد حكما وتقديرا وان كان اشيا حقيقة لان المالية والتقوم في المكيلات والموزونات باعتبار الاجتماع والانضمام اذ الحبة الواحدة ليست بمتقومة حتى لا يجوز بيعها فاذا كانت المالية باعتبار الاجتماع صار الكل في حق البيع كشيء واحد ولهذا يسمى باسم واحد وهو الكر ونحوه وكذا اختلفت رويته بعضه كرويته كله كالثوب الواحد فاذا كان كالشيء الواحد ليس له ان ياخذ البعض سواء كان قبل القبض او بعده كالثوب الواحد اذا وجد بعضه معيبا بخلاف العبدين على ما بيناه ولا فرق بينهما اذا كان في وعاء واحد او وعاءين وقيل اذا كان في وعاءين يكون بمنزلة عبدين حتى يرد الوعاء الذي وجد فيه العيب وحده قال رحمه الله ولو استحق بعضه لم يخير في رد الباقي ولو استحق بعض الثوب خير في رد ما بقي لان الشركة في المكيل والموزون لا تعد عيبا لان التبعيض لا يضرهما والاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة لان العقد حق العاقد وتمامه برضى العاقد لا برضا المالك بخلاف الثوب حيث يثبت له الخيار فيما اذا استحق بعضه لان التبعيض فيه عيب وقد كان وقت البيع فيرده وهذا اذا كان بعد القبض واما اذا استحق بعض المكيل او الموزون قبل القبض فله ان يرد ما بقي لتفرق الصفقة على المشتري قبل التمام قال رحمه الله واللبس والركوب والمداواة رضا بالعيب لانه دليل استبقائه وامساكه وكذا الاجارة والرهن والكتابة والعرض على البيع والسكنى بخلاف خيار الشرط فان اللبس ونحوه ليس دليل اختياره الملك فيه فان الاختيار هناك شرع للاختبار والركوب واللبس مرة يحتاج اليه للاختبار فلو جعل اختيارا للاجازة لفات فايدة خيار الشرط واما خيار العيب فلم يشرع للاختبار وانما شرع للرد ليصل الى راس ماله عند العجز عن الوصول الى الجزء الفايت فاذا تصرف فيه تصرفا لا يحل بلا ملك جعل ممسكا لوجود دليل الامساك والرضا قال رحمه الله لا الركوب ليسقي او يرد او ليشتري العلف اي لا يكون الركوب ليسقيها الماء او ليردها على البايع او ليشتري بها العلف رضا بالعيب وهذا استحسان لانه محتاج اليه وقد لا تنقاد ولا تنساق فلا يكون دليل الرضا الا اذا ركبها في حاجة نفسه وقيل تاويله اذا لم يكن له بد من الركوب بان كان العلف في عدل واحد او لا تنساق ولا تنقاد وقيل الركوب للرد لا يكون رضا كيف ما كان لانه سبب الرد ولغيره يكون رضا الا عن ضرورة قال رحمه الله ولو قطع المقبوض بسبب عند البايع رده واسترد الثمن معناه لو اشترى عبدا قد سرق ولم يعلم بها فقطع عند المشتري له ان يرده وياخذ الثمن وهذا عند ابي حنيفة وقالا ليس له ان يرده لحدوث العيب عنده وهو القطع غاية الامر انه قطع بسبب كان عنده لكن القطع غير الوجوب فكان بمنزلة عيب حادث عند المشتري فتعذر الرد وتعين الرجوع بالنقصان كما اذا

اشترى جارية حبلى فماتت في يد المشتري بالولادة فانه يرجع بالنقصان فكذا هذا وهذا لان الموجود في يد البايع سبب القطع وانه لا ينافي المالية فنفذ البيع فيه لكنه متعيب وقد حدث فيه عند المشتري عيب فيرجع بنقصانه وهو ما بين قيمته سارقا الى غير سارق بان يقوم سارقا وغير سارق فيرجع بفضل ما بينهما من الثمن وعلى هذا الخلاف اذا قتل بسبب وجد في يد البايع من قتل نفس او قطع طريق او ردة لان وجوبه لا ينافي المالية ولهذا يقع البيع صحيحا ولو مات في يد المشتري يتقرر الثمن عليه ولو تصرف فيه نفذ تصرفه ولابي حنيفة ان سبب الوجوب وجد في يد البايع والوجوب يفضي الى الوجود فيكون الوجود مضافا الى السبب السابق فصار كما اذا قتل المغصوب بعد الرد بجناية وجدت في يد الغاصب وروى ابن المنذر عن ابي حنيفة انه لو اشترى جارية حبلى فولدت عند المشتري وماتت من الولادة يرجع بجميع الثمن ولم يحك فيه خلافا قلنا ان نمنع ولئن سلم فالسبب الذي كان عند البايع هو انفصال الولد لا الموت لان الغالب في الولادة السلامة ولو مات بسبب القطع عند المشتري رجع بنصف الثمن لان اليد من الادمي نصفه فيجب عليه من بدل له بحسابه لانها هي المستحقة بالسرقة والنفس غير مستحقة في يد البايع الا ترى انها تحسم ولا تقطع في البرد الشديد ولا في الحر الشديد توقيا عن الهلاك فقبض المشتري لا ينتقض في النصف وان سرى الى النفس بخلاف ما اذا قتل عنده بسبب يوجب القتل عند البايع لان النفس صارت مستحقة في يد البايع فينتقض به قبض المشتري ويرجع بالثمن ولو اختار المشتري ان يمسك العبد رجع بنصف الثمن لان القطع بسبب كان عند البايع كالاستحقاق فلا يمنع الرجوع بالثمن عند اختيار الاخذ بخلاف العيب على ما بينا ولو مات بعد القطع حتف انفه يجب ان يرجع بنصف الثمن عنده لانه كالاستحقاق على ما بينا ولو سرق عند البايع ثم عند المشتري فقطع بهما يرجع بالنقصان عندهما على الوجه الذي بيناه وعنده لا يرده بغير رضى البايع للعيب الحادث عنده ولكن يرجع بربع الثمن لان اليد قطعت بهما ويرجع بقدر ما فات بسبب كان في يد البايع وان رضي البايع باخذه يرجع بثلاثة ارباع الثمن ويسقط الربع لانه فات بسبب كان في يد المشتري فلا يرجع به على احد ولو تداولته الايدي فقطع عند الاخير او قتل يرجع الباعة بعضهم على بعض عند ابي حنيفة وعندهما يرجع الاخير على بايعه بالنقصان ثم هو لا يرجع على بايعه واصل الخلاف ان القطع او القتل بسبب كان في يد البايع استحقاق عنده وفيه يرجع الباعة بعضهم على بعض حتى ينتهي الى الاول وعندهما عيب فيرجع من لم يفوت الرد بالبيع وهو الاخير على بايعه ثم هو لا يرجع على بايعه لانه فوت الرد بالبيع قبل امتناع الرد برضاه وثمرة الخلاف تظهر في هذا وفيما اذا اشتراه وهو عالم بوجوب القتل والقطع فانه لا يبطل حقه عنده لان العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع وعندهما يبطل حقه لان العلم بالعيب رضا به وفيما اذا اعتقه المشتري ثم قتل او قطعت يده به فانه لا يرجع عنده بشيء لعدم فوات المالية به وعندهما يرجع بالنقصان على ما بيناه من قبل ولا يقال ينتقض قول ابي حنيفة بما اذا اشترى عبدا مريضا ومات عنده وبما اذا انقطع عند البايع ثم باعه ومات عند المشتري به وبما اذا زنى عند البايع ثم باعه وجلد عند المشتري فمات به حيث لا يرجع في هذه المواضع الا بالنقصان عنده مثل قولهما وان مات بسبب كان عند البايع لانا نقول المريض والمقطوع عند البايع ماتا بزيادة الآلام وتزادفها عند المشتري وهي لم توجد عند البايع وزنا العبد يوجب الجلد والقتل غيره فلو يواخذ البايع بما لم يكن عنده بخلاف ما تقدم قال رحمه الله ولو برى من كل عيب صح وان لم يسم الكل ولا يرد بعيب وقال الشافعي رحمه الله لا يصح الا ان يعد العيوب وفي جواز البيع بهذا الشرط له قولان وعدم صحة البراءة من كل عيب عنده بناء على ان الابراء عن الحقوق المجهولة لا يصح عنده لان في الابراء معنى التمليك حتى يرتد بالرد ولا يصح تعليقه بالشرط وتمليك المجهول لا يصح كبيعه ونحن نقول هذه الجهالة لا تفضي الى المنازعة فلا تمنع الصحة وكان ابن ابي ليلى يقول لا تصح البراءة من العيب مع التسمية ما لم يره المشتري وقد جرت بينه وبين ابي حنيفة في مجلس ابي جعفر الدوانقي فقال له ابو حنيفة ارايت لو باع جارية في موضع المآتي منها عيب او غلاما في ذكره عيب الا كان يجب على البايع ان يرى المشتري ذلك الموضع منها او منه

ولم يزل يعمل به هكذا حتى الجمعة وضحكت الخليفة وقال محمد رحمه الله لا يدخل فيه العيب الحادث قبل القبض
وهو قول زفر لان البراءة تتناول الثابت قلنا الغرض فيه الزام العقد باسقاطه حقه عن صفة السلامة وذلك
بالبراءة عن الموجود والحادث وهذا لانه لا حق له قبل البائع وقت البيع ليملكه او ليبريه بل هذا بيان لالحاق العقد
على وجه لا يوجب استحقاق السلامة والعقد قابل لذلك كما لو اشترى معيبا وهو يعلمه وهذا بناء على انه لو باعه
بشرط البراءة من كل عيب يحدث به بعد البيع قبل القبض لا يصح عند محمد رحمه الله لانه قبل وجود سببه كالابراء عن كل
حق قبله فانه يدخل فيه الحق القائم لا غير وعند ابي يوسف يصح لان غرضهما ايجاد العقد على وجه لا يستحق فيه سلامة
المبيع عن العيب ولو شرط البراءة من كل عيب به لم ينصرف الى الحادث في قولهم جميعا لانه يخص الموجود وقت العقد بالبراءة

باب البيع الفاسد

البيع على اربعة اقسام صحيح وهو المشروع باصله ووصفه ويفيد الحكم بنفسه
اذا خلا عن الموانع وباطل وهو غير مشروع اصلا وفاسد وهو مشروع باصله دون وصفه وهو يفيد الحكم اذا اتصل
به القبض وموقوف وهو يفيد الحكم على سبيل التوقف وامتنع تمامه لاجل غيره وهو بيع ملك الغير قال رحمه الله
لم يجز بيع الميتة والدم والخنزير والخمر والحر وام الولد والمدبر والمكاتب لعدم ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال
وبيع هذه الاشياء باطل لما ذكرنا قال رحمه الله فلو هلك عند المشتري لم يضمن لان العقد في الباطل غير معتبر فبقي القبض
باذن المالك وقيل يضمن لانه لا يكون ادنى حالا من المقبوض على سوم الشراء وقيل الاول قول ابي حنيفة والثاني قولهما
والاصل فيه ان بيع ما ليس بمال عند احد كالحر والدم والميتة التي ماتت حتف انفها والمدبر وام الولد والمكاتب
باطل وان كان مالا عند البعض كالخمر والخنزير والميتة التي لم تمت حتف انفها مثل الموقوذة فان هذه الاشياء مال عند
اهل الذمة فان بيعت بدين في الذمة فهو باطل وان بيعت بعين فهو فاسد في حق ما يقابلها حتى يملك ويضمن بالقبض
باطل في حق نفسها حتى لا تضمن ولا تملك بالقبض لانها غير متقومة لما ان الشرع امر باهانتها وفي تملكها بالعقد مقصودا
اعزاز لها فكان باطلا وذلك بان يشتريها بدين في الذمة لان الثمن من الدراهم غير مقصودة وانما هي وسائل والمقصود
تحصيلها فكان باطلا اهانة لها وان لم تكن مقصودة بان كانت دينا في الذمة كان فاسدا لان المقصود تحصيل ما يقابلها
وفيه اعزاز له لا لها لان الثمن تبع لما ذكرنا والاصل هو المبيع وكذا اذا كانت معينة وبيعت بعين مقايضة صار
فاسدا في حق ما يقابلها باطلا في حقها وجلد الميتة كالخمر فيما ذكره صاحب المحيط لانه مرغوب فيه بين الناس فصار
مالا من وجه كالخمر ونحوها وجعله البزدوي كالميتة لانه جزؤها وجعل صاحب الهداية وغيره بيع ام الولد والمكاتب
من الباطل لان استحقاق العتق قد ثبت لام الولد بقوله عليه السلام اعتقها ولدها وسبب الحرية انعقد في المدبر المطلق
في الحال لبطلان اهلية المولى بعد موته والمكاتب استحق يدا على نفسه وخرج من يد المولى ولو ثبت فيه الملك لبطل
ذلك كله ولو بيع المكاتب برضاه صح في الاظهر فتنفسخ الكتابة اقتضاء لانها تقبله بخلاف المدبر وام الولد قال
في الايضاح اذا كان احد البدلين مدبرا او مكاتبا او ام ولد ملك بالقبض لان الملك قائم بالمحل وانما لا يصح البيع
لحقه في نفسه فاعتبر ذكره في حق ما يقابله فانعقد العقد وهذا هو الصواب لانهم يدخلون في العقد حتى لا يبطل
البيع فيما يضم اليه واحد منهم وبيع معه ولو كان كالحر لبطل وبأول ما ذكره صاحب الهداية على انه باطل في حق نفسه
لا في حق ما يقابله ولو مات المدبر او ام الولد في يد المشتري فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة وقالا عليه قيمتهما لانهما
مقبوضان بجهة البيع وهما مال حقيقة ولهذا علك ما ضم اليهما في البيع فيضمنان به ضرورة كسائر الاموال بخلاف
المكاتب لانه في يد نفسه فلا يتحقق فيه القبض وهذا الضمان يجب به ولهذا ان شبهة البيع انما تلحق بحقيقته
في محل يقبل الحقيقة وهما لا يقبلان حقيقة البيع فصارا كالمكاتب وليس دخولهما في البيع في حق انفسهما بل ليثبت
حكم البيع فيما ضم اليهما كمال المشتري لا يدخل فيه وحده ويدخل في حق ما ضم اليه وقيل لا يدخل ويفسد البيع وبه
كان يفتي ظهير الدين والاول اصح لان دخولهما فيه في حق ما ضم اليه حتى ينقسم الثمن عليهما لا غير وروى المعلى عن ابي حنيفة
رحمه الله انه يضمن قيمة المدبر دون ام الولد كما في الغصب والفرق له على الظاهر ان جهة البيع هي المعتبرة هنا

مال متقوم وغير متقوم

والذاني بيوم

والمدبر المطلق

ثم ما يقابلهم

وكذا لو هلكت الاشيا المذكورة في يد المشتري
هلكت امانة ولا يضمن المشتري شيئا ويسترد
الثمن من البائع حال كان القبض باذنه وكذا
لو اشترى بالميتة والدم والحر يكون المبيع
امانة عند المشتري حتى لو كان عبدا فاعتقه
او باعه او وهبه وسلم لا ينفذ تصرفه وللمالك
ان يرده الى يده وان هلك عنده هلك امانة
عند المشتري عند ابي حنيفة وقالا هلك
مضمونا بالقيمة وقت البيع
كالمقبوض على سوم
الشراء لهما انه مقبوض بجهة البيع فيكون
مضمونا عليه كسائر الاموال وهذا لان المدبر
وام الولد وما اشبههما يدخل تحت البيع الخ
مستخلص

فاذا

فاذا بطلت لعدم محله بقي القبض باذن مالكه فلا يجب الضمان بخلاف الغصب قال رحمه الله والسمك قبل الصيد اي لا
يجوز بيع السمك قبل الاصطياد لما روي انه نهى عليه السلام عن بيع الغرر رواه احمد ومسلم وابو داود وغيرهم
وعن ابن مسعود ان النبي عليه السلام قال لا تشتروا السمك في الماء فانه غرر رواه احمد ولانه باع ما لا يملك فلا يجوز
ثم هو على وجهين فاما ان يبيعه قبل ان يأخذه او بعده فان باعه قبل الاخذ لا يجوز لما بينا وان اخذه ثم القاه في
الحظيرة فان كانت كبيرة بحيث لا يمكن اخذه الا بحيلة لا يجوز لانه باع ما لا يقدر على تسليمه فلو سلمه بعد ذلك ينبغي
ان يكون على الروايتين اللتين في بيع الآبق بناء على انه باطل او فاسد وان كانت صغيرة بحيث يمكن اخذه بغير حيلة
جاز لانه باع ملكه وهو مقدور التسليم ويثبت للمشتري خيار الرؤية عند التسليم ولا يعتد برؤيته في الماء
لان السمك يتفاوت في الماء وخارجه وكذا لو دخل السمك الحظيرة باحتياله بان سد عليه فوهة النهر او سد
موضع الدخول حتى لا يمكنه الخروج على هذا التفصيل لانه لما احتبس فيه باحتياله صار آخذا له وملكه
بمنزلة ما لو القاه فيه وقيل لا يجوز لان هذا القدر ليس باحراز له فصار كطير دخل البيت فاغلق عليه الباب
وهذا الخلاف فيما اذا لم يهيئ الحظيرة للاصطياد فان هيأها له ملكه بالاجماع فيكون على ما ذكرنا من التفصيل
فان اجتمع السمك في الحظيرة بنفسه من غير صنعه ولم يسد عليه المدخل لا يجوز بيعه سواء امكنه الاخذ بغير
حيلة او لا لانه لم يملكه قال رحمه الله والطير في الهواء لانه غير مملوك له قبل الاخذ وبعده غير مقدور التسليم
وهذا اذا كان يطير ولا يرجع وان كان له وكر عنده يطير منه في الهواء ثم يعود اليه جاز بيعه لانه يمكن اخذه من
غير حيلة وعلى هذا لو باع صيدا قبل اخذه لا يجوز وبعده يجوز ان كان في يده او محبوسا في مكان يمكن اخذه
من غير حيلة وان لم يمكن الا بحيلة لا يجوز لعدم القدرة على التسليم ولو اخذه وسلمه ينبغي ان يكون فيه روايتان
على نحو ما ذكر في الآبق ولو اجتمع في ارضه الصيد فباعه من غير اخذه لا يجوز لانه لم يملكه وكذا لو باض
فيها صيد او تكنس او تكسر يكون لمن اخذه لعدم ملكه اياه بخلاف ما اذا عسل فيه النحل حيث يملكه لان العسل
قائم بارضه على وجه القرار كالاشجار ولهذا وجب في العسل العشر اذا كان في ارض العشر كالثمار وهذا اذا
لم يهيئ ارضه لذلك فان هيأها له بان حفر فيها بئرا للاصطياد او نصب شبكة فدخل فيها صيد او تعقل
به ملكه لان التهيئة احد اسباب الملك الا ترى انه لو حط طستا ليقع فيه المطر فوقع فيه ملكه وكذا
لو بسط ذيله عند النثار ليقع فيه الشيء المنثور ملكه بالوقوع فيه وفي النهاية لو دخل الصيد داره
فاغلق عليه الباب كان الصيد له ولم يحك فيه خلافا وعلى قياس ما في الكافي في الطير لا يكون له وقد ذكرناه من قبل
ويجوز ان يكون في المسألة روايتان والا فلا فرق بينهما قال رحمه الله والحمل والنتاج فالحمل ما كان في البطن والنتاج
ما يحمله هذا الحمل لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع حبل الحبلة رواه مسلم واحمد وابو داود وفي رواية نهى عن
بيع حبل الحبلة وحبل الحبلة ان تنتج الناقة ما في بطنها ثم تحبل التي نتجت رواه ابو داود ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم
عن شراء ما في بطون الانعام حتى تضع وعن بيع ما في ضروعها الا بكيل وعن شراء العبد وهو آبق وعن شراء
المغانم حتى تقسم وعن شراء الصدقات حتى تقبض وعن ضربة القانص رواه احمد وابن ماجه والترمذي ولان
فيه غررا وقد نهى عليه السلام عن بيع الغرر على ما بينا والغرر هو ما يكون مجهول العاقبة لا يدري ايكون ام لا
والحبلة هو الحبل وهو مصدر سمي به الجنين كما سمي بالحمل وهو مصدر وانما دخلت عليه التاء للاشعار بالانوثة
فيه لان معناه ان يبيع ما سيحمله الجنين ان كان انثى وكانوا في الجاهلية يتبايعون ذلك فنهاهم عنه عليه السلام
قال رحمه الله واللبن في الضرع لما روينا ولما روي انه عليه السلام نهى ان يباع ثمر حتى يطعم وصوف على ظهر او لبن
في ضرع او سمن في لبن رواه الدارقطني ولانه يزداد ساعة فساعة فيختلط المبيع بغير المبيع ولانهم يختلفون
في كيفية الحلب فيؤدي الى النزاع ولانه يحتمل ان يكون انتفاخا وليس فيه لبن قال رحمه الله واللؤلؤ في الصدف
لان فيه غررا وقد نهى عنه عليه السلام الا ترى انه مجهول لا يعلم وجوده فيه ولا قدره ولانه لا يمكن تسليمه

كما ذكر

قد ذكره الزيلعي

الانتظار وهو كسر الصدف وعن ابي يوسف انه يجوز بيعه لان الصدف لا ينتفع به الا بالكسر فلا يعد ضررا قلنا هو مجهول بخلاف ما اذا باع تراب الذهب والحبوب في غلافها حيث يجوز لكونها معلومة ويمكن تجربتها بالبعض ايضا قال رحمه الله والصوف على ظهر الغنم لما روينا ولانه قبل الجز ليس هو بمال متقوم في نفسه لانه بمنزلة وصف الحيوان لقيامه به كساير اطرافه ولانه يزيد من اسفل فيختلط المبيع بغيره كما قلنا في اللبن بخلاف القوايم لانها تزيد من اعلاها ويعرف ذلك بالقطاف وبخلاف القصيل لانه يقلع والصوف يقطع فيتنازعان في موضعه وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجوز بيعه لانه مال متقوم منتفع به مقدور التسليم كساير الاموال بخلاف اطراف الحيوان لانه لا يمكن الانتفاع بها الا بعد الذبح فصار مالية اللحم فيها متعلقا بفعل شرعي ولم يوجد قبله وكونه مقطوعا لا تاثير له كما في الكراث وقوايم الخلاف والحجة عليه ما روينا وما بينا من المعنى والتعليل بمقابلة النص مردود وانما اجيز في الكراث وقوايم الخلاف للتعامل اذ لا نص فيه فلا يلحق به المنصوص عليه قال رحمه الله والجذع في السقف وذراع من ثوب لانه لا يمكنه التسليم الا بضرر يلزمه سواء ذكر موضع القطع او لم يذكر ولا يقال هو بنفسه التزم الضرر لان الالتزام بدون العقد غير لازم ~~[illegible]~~ والعقد لم يوجب الضرر فيمكنه الرجوع فيتحقق النزاع بخلاف ما اذا باع بعضا معلوما من نقرة فضة حيث يجوز لان التبعيض لا يضره ولو قلع البايع الجذع او قطع الثوب وسلمه عاد صحيحا ان كان قبل فسخ المشتري البيع لزوال المانع من الفساد بخلاف ما اذا باع جلد الحيوان وذبحه وسلمه حيث لا يعود صحيحا لان الفساد فيه لعدم المالية على ما بيناه في اطراف الحيوان ونظيره ما لو باع خمرا ثم تخللت وبخلاف ما اذا باع بزرا في بطيخ ونحوه حيث لا يجوز وان شقه وسلمه لان فساده لاحتمال العدم فلا يعود صحيحا بخلاف الحبوب في غلافها حيث يجوز بيعها وان كانت مستورة لان وجودها معلوم ولهذا يسمى به فيقال هذا باقلا وهذه حنطة ولا يقال للبطيخ هذا بزر وهو الفارق وهذا في ثوب يضره القطع كالمهيا للبس وان كان لا يضره القطع جاز بيع ذراع منه كالقفيز من الصبرة قال رحمه الله وضربة القانص وهو ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة او بغوص الصايد في الماء لما روينا مفصلا ومجملا وهو النهي عن الغرر ولانه مجهول القدر والصفة فلا يجوز قال رحمه الله والمزابنة وهو بيع التمر على راس النخل بتمر مجذوذ مثل كيله خرصا لحديث انس رضي الله عنه انه عليه السلام نهى عن المحاقلة والمخاضرة والمنابذة والملامسة والمزابنة رواه البخاري والمزابنة ما ذكرناه والمحاقلة بيع الحنطة في سنبلها بحنطة مثل كيلها خرصا والمخاضرة بيع الثمار قبل ان تنتهي ولانه باع مكيلا بمكيل من جنسه فلا يجوز بطريق الخرص كما لو كانا موضوعين على الارض وكذا بيع العنب بالعنب خرصا لا يجوز وقال الشافعي رحمه الله يجوز فيما دون خمسة اوسق لما روي انه عليه السلام نهى عن بيع المزابنة بيع الثمر بالتمر الا اصحاب العرايا فانه قد اذن لهم رواه البخاري والترمذي وزاد فيه وعن بيع العنب بالزبيب وعن كل ثمر بخرصه ولنا ما روينا وقوله عليه السلام الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل يدا بيد فمن زاد واستزاد فقد اربى الآخذ والمعطي فيه سواء رواه البخاري واحمد وامثاله من النصوص لا تحصى كلها مشهورة وتلقتها الامة بالقبول فلا يجوز تركها وهذا لان المساواة واجب بالنص والتفاضل محرم به وكذا التفرق قبل قبض البدلين فلا يجوز ان يباع جزافا ولا اذا كان احدهما متاخرا كما لو كان اكثر من خمسة اوسق وهذا لان احتمال التفاضل ثابت فصار كما لو تفاوتا بيقين او كانا موضوعين في الارض ومعنى العرايا فيما رواه العطايا وتفسيره ان يهب رجل ثمرة نخلة من بستانه ثم يشق على المعري دخول المعرى له في بستانه كل ساعة ولا يرضى ان يخلف الوعد ويرجع فيه فيعطيه قدره تمرا مجذوذا بالخرص بدله وهو جايز لا بطريق المعاوضة وانما هو هبة مبتداة وسمي ذلك بيعا مجازا لانه في الصورة عوض عما اعطاه اولا فكانه اتفق في الواقعة خمسة اوسق فظن الراوي ان الرخصة مقتصرة عليه فنقل كما وقع عنده وسكت عن السبب كذا ذكره اهل الفقه والحديث فكان الحمل عليه اولى كيلا يكون مخالفا للمشاهير ويحتمل ان الراوي ظن انه بيع

قال رحمه الله والملامسة والقاء الحجر وهذه من البيوع التي كانت في الجاهلية وهو ان يتساوم الرجلان فاذا لمسها المشتري او نبذها اليه البايع او وضع المشتري عليها حصاة لزم البيع فالاول بيع الملامسة والثاني بيع المنابذة والثالث القاء الحجر وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عنها لما روينا وعن ابي سعيد انه عليه السلام نهى عن الملامسة والمنابذة في البيع والملامسة لمس الرجل ثوب الاخر بيده بالليل او بالنهار ولا يقلبه والمنابذة ان ينبذ الرجل ثوبه وينبذ الاخر ثوبه ويكون ذلك بيعهما من غير نظر ولا تراض رواه البخاري ومسلم واحمد ولان فيه تعليقا التمليك بالخطر فيكون قمارا فصار في المعنى كانه قال للمشتري اي ثوب القيت عليه الحجر فقد بعتكه وفي المغرب بيع الملامسة واللماس ان يقول لصاحبه اذا لمست ثوبك او لمست ثوبي فقد وجب البيع وفي المنتقى عن ابي حنيفة رحمه الله هي ان يقول بعتك هذا المتاع بكذا فاذا لمستك وجب البيع او يقول المشتري كذلك والمنابذة ان يقول اذا نبذته اليك او يقول المشتري اذا نبذته الي فقد وجب البيع والقاء الحجر ان يقول المشتري او البايع اذا القيت الحجر وجب البيع وفي سنن ابي داود الملامسة ان يمسه بيده ولا ينشره ولا يقلبه قال رحمه الله وثوب من ثوبين لجهالة المبيع هذا اذا لم يشترط فيه خيار التعيين وان اشترط بان اشترى احدهما على ان ياخذ ايهما شاء جاز وقد بينا انه يجوز الى ثلاثة وحكمه اذا قبضهما قال رحمه الله والمراعي واجارتها اي لا يجوز بيع المراعي ولا اجارتها والمراد به الكلا دون رقبة الارض لان بيع الارض واجارتها جايز اذا كان مالكها وانما لا يجوز بيع الكلا واجارته لانه ليس بمملوك له اذ لا يملكه بنباته في ارضه ما لم يحرزه لقوله عليه السلام المسلمون شركاء في ثلاثة في الماء والكلاء والنار رواه احمد وابو داود ورواه ابن ماجة من حديث ابن عباس وزاد فيه وثمنه حرام وهو محمول على ما اذا لم يحرزه وقال عليه السلام لا يمنع الماء والنار والكلاء رواه ابن ماجة ومعناه ان لهم الانتفاع بشرب الماء وسقي الدواب والاستقاء من الابار والحياض والانهار المملوكة وله ان يمنع الناس من الدخول في ارضه واذا طلب احد الماء يلزمه احد امرين اما ان يخليه يدخل فياخذ الماء بنفسه او يخرج له وهو فصار نظير ما لو وقع ثوب انسان في دار غيره بهبوب الريح فيه وكذا لهم الاحتشاش من الاراضي المملوكة فان منعهم من الدخول في ارضه فهو على ما ذكرنا في الماء من الحكم فاذا كان مباحا لا يجوز بيعه ولا اجارته وان كان في ارضه لعدم الملك فيه ولانه استهلاك العين والاجارة لا تجوز في استهلاك العين المملوكة فغير المملوكة اولى وتجوز في الظير والصبغ لكونها آلة للعمل تبعا وضمنا وكم من شيء يجوز ضمنا وان لم يجز قصدا والحيلة ان يستاجر الارض لايقاف الدواب فيها او لمنفعة اخرى بقدر ما يريد صاحبه من الثمن او الاجرة فيحصل به غرضهما هذا اذا نبت الحشيش بنفسه وان انبته صاحب الارض بان سقاها او حدق حولها وهياها للانبات ملكه وجاز بيعه وقيل لا يملكه حتى لا يجوز بيعه قبل الاحراز لان الشركة ثابتة بالنص ولا تنقطع بدون الحيازة ذكره في النهاية ويدخل في الكلا جميع انواع ما يرعاه المواشي رطبا كان او يابسا بخلاف الاشجار لان الكلا اسم لما لا ساق له والاشجار لها ساق فلا تدخل فيه حتى جاز بيعها اذا نبتت في ارضه لانه يملكها بالنبات فيها والكماة كالكلا وكذا لهم ان ينتفعوا بضوء النار والاصطلاء بها والايقاد من لهبها بدون رضا صاحبها وليس لهم ان ياخذوا من الجمر شيئا الا برضا صاحبه قال رحمه الله والنحل وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد والشافعي يجوز بيعه اذا كان محرزا لانه حيوان منتفع به وان كان لا يوكل كالحمار ولهما انه من الهوام فلا يصح بيعه كالزنبور وهوام الارض والانتفاع بما يخرج منه لا بعينه فلا يكون منتفعا به حتى لو باعه مع الكوارة صح تبعا لها ذكره القدوري في شرحه وذكر الكرخي انه لا يجوز بيعه مع العسل وقال الشيء انما يدخل في العقد تبعا لغيره اذا كان من حقوقه كالشرب والطريق قال رحمه الله ويباع دود القز وبيضه اي يجوز بيعهما وهذا عند محمد وعند ابي حنيفة لا يجوز بيعهما وابو يوسف معه في الدود ومع محمد في بيضه وقيل فيها ايضا مع ابي حنيفة ان الدود من الهوام وبيضه لا ينتفع به فاشبه الخنافس والوزغات وبيضهما ولمحمد رحمه الله ان الدود ينتفع به

ويكذا يصدق في المال فصار كالجحش والمهر ولان الناس قد تعاملوه فمست الضرورة اليه فصار كالاستصناع والفتوى
على قول محمد لما ذكرنا قال رح والآبق اي لا يجوز بيعه وهو معطوف على ما قبله ورد القول مارويناه ولانه لا يقدر على
تسليمه وهو شرط لجوازه بخلاف الصيد المرسل في حاجة لثبوت القدرة على التسليم وقت العقد حكما لان الظاهر من حاله
عوده الى مولاه ولا كذلك الآبق ولو باعه ممن يزعم انه عنده جاز لان النهي ورد في الآبق المطلق وهو ان يكون آبقا
عند المتعاقدين وهذا ليس بآبق في حق المشتري اذ هو في يده فلا يتناوله النص المطلق اذ هو ليس بعاجز
عن تسليمه وهو المانع ثم لا يصير قابضا بمجرد العقد اذا كان في يده ان كان اشهد عند الاخذ انه اخذه ليرده
على صاحبه لانه امانة عنده وقبض الامانة لا ينوب عن قبض المبيع لان قبضه مضمون على المشتري الا ترى ان المقبوض
على سوم الشراء مضمون بالقيمة ولكن وجوب الثمن في البيع مانع عن وجوب القيمة فقبض الضمان اقوى من قبض الامانة
لتاكد قبض الضمان باللزوم والملك فان المشتري لو امتنع عن قبض المبيع اجبر عليه والضمان يوجب الملك من الجانبين
على ما هو الاصل عندنا بخلاف قبض الامانة فانه لا يجبر عليه ولا يوجب الملك فكان اضعف فلا ينوب عن الاقوى ولو لم
يشهد عند الاخذ يصير قابضا بمجرد العقد عندهما خلافا لابي يوسف فيما اذا لم ياخذه لنفسه بل ليرده على صاحبه وهذا
بناء على ان الاشهاد ليس بشرط لكونه امانة عنده وعندهما شرط وقد بيناه في اللقطة ولو باعه ممن قال هو عند فلان
لم يجز لانه آبق عندهما وهو المعتبر اذ لا يقدر على تسليمه ولو باعه ثم عاد قبل الفسخ لم يعد صحيحا لوقوعه باطلا لعدم
المحلية كبيع الطير في الهوى قبل التملك بخلاف ما اذا باعه ثم ابق قبل التسليم ثم عاد حيث يجوز لان احتمال عوده يكفي
لبقاء العقد على ما كان دون الابتداء وعن ابي حنيفة انه يعود صحيحا لان المالية فيه قائم فكان محلا للبيع فينعقد غير
انه عاجز عن تسليمه فيفسد فاذا اتى قبل الفسخ عاد صحيحا لزوال المانع فيجبران على التسليم والتسلم فصار كما لو ابق
بعد البيع وكبيع المرهون ثم افتكه قبل الخصومة وبه اخذ الكرخي وجماعة من اصحابنا رحمهم الله وبالاول كان يفتي
ابو عبد الله البلخي وجماعة من اصحابنا رحمهم الله ولو اعتقه نفذ عتقه لعدم اشتراط القبض فيه ولو علم حياته في
وقت العتق اجزاه عن الكفارة ولو وهبه من ابنه الصغير او يتيم في حجره جاز بخلاف ما اذا باعه منه لان ما بقي له
من اليد يكفي في الهبة دون البيع قال رح الا ان يبيعه ممن يزعم انه عنده اي الآبق اذا باعه ممن يدعي انه عنده جاز
وقد ذكرناه قال رح ولبن امرأة يعني لا يجوز بيعه ومراده اذا كان في وعاء وقال الشافعي رح يجوز بيعه من حرة كانت
او من امة ويضمن بالاتلاف لانه مشروب طاهر فصار كسائر المائعات الطاهرة وعن ابي يوسف انه يجوز بيع لبن الامة
لانه يجوز ايراد العقد عليها فكذا على جزئها ولهما انه جزء الآدمي بدليل انه يثبت به حرمة المصاهرة يعني
البعضية وهو بجميع اجزائه مكرم مصون عن الابتذال والامتهان بالبيع الا فيما حل فيه الرق وهو لا يحل اللبن
لانه ضعف حكمي فيختص بمحل القوة التي هي ضده وهو الحي لان الضدين يتعاقبان في موضع واحد ولا حياة في اللبن
وكونه مشروبا ضروري لاجل الاطفال حتى لو استغني عنه لا يجوز ونظيره ملك النكاح فانه ضروري لاقتضاء الشهوة
وابقاء النسل فلا يدل على ان البضع مهان مبتذل ولان لبن الآدمية في حكم المنفعة حتى جاز استحقاقه بعقد الاجارة
وبيع مثله لا يجوز بخلاف لبن البقرة ونحوها حيث يجوز بيعه لانه ليس له حكم المنفعة حتى لا يستحق بعقد الاجارة
وهو مبتذل ايضا قال رح وشعر الخنزير وينتفع به للخرز اي لا يجوز بيع شعره ويجوز الانتفاع به للخرز لانه نجس
العين ولا يجوز بيعه اهانة له كالخمر وهذا لان جواز بيعه يشعر باعزازه وفي غير الآدمي ونجاسته تشعر بجواز الحل
وانما جاز الانتفاع به للاساكفة لان خرز النعال والاخفاف لا يتاتى الا به فكان فيه ضرورة وعن ابي يوسف انه يكره
لان الخرز يتاتى بغيره والاول هو الظاهر لان الضرورة تبيح لحمه فالشعر اولى ثم لا حاجة الى شرائه لانه يوجد
مباح الاصل وقال الفقيه ابو الليث ان كانت الاساكفة لا يجدون شعر الخنزير الا بالشراء ينبغي ان يجوز لهم الشراء
لان ذلك حالة الضرورة فاما البيع فيكره لانه لا حاجة اليه للبائع ولا باس للاساكفة ان يصلوا مع شعر الخنزير
وان كان اكثر من قدر الدرهم ولو وقع في الماء القليل افسده عند ابي يوسف لان الاطلاق للضرورة فلا يظهر الا في

حالة الاستعمال وفي غير تلك الحالة يبقى على الاصل وعند محمد لا يفسده لان اطلاق الانتفاع دليل طهارته
قال رح وشعر الانسان يعني لا يجوز بيع شعر الانسان والانتفاع به لان الآدمي مكرم فلا يجوز ان يكون شيء منه مهانا
وقال عليه السلام لعن الله الواصلة والمستوصلة وانما لعنها للانتفاع به لما فيه من اهانة المكرم وعن محمد رح
انه اجاز الانتفاع بشعر الآدمي استدلالا بما روي انه عليه السلام حين حلق راسه قسم شعره بين اصحابه فكانوا
يتبركون به ولو كان نجسا لما فعل فانه لا يتبرك بالنجس الا ترى ان ابا طيبة رضي الله عنه حين شرب دم النبي صلى الله عليه وسلم
على قصد التبرك به نهاه ان يعود الى مثله في المستقبل قلنا حرمة الانتفاع به لكرامته لا لنجاسته حتى لو وقع
في الماء القليل لا يفسده فبطل الاستدلال بها ورخص فيما يتخذ من الوبر فيزاد في قرون النساء وذوائبهن
قال رح وجلد الميتة قبل الدبغ يعني لا يجوز بيعه لما روي انه عليه السلام نهى عن الانتفاع بجلد الميتة وعصبها فيما رواه
ابو داود وغيره ولان نجاسته من الرطوبات المتصلة به باصل الخلقة فصار كلحم الميتة بخلاف الثوب النجس
حيث يجوز بيعه لان نجاسته ليست من اصل الخلقة فلا يمنع من جواز البيع قال رح وبعده يباع وينتفع به
كعظم الميتة وعصبها وصوفها وقرنها ووبرها يعني بعد الدباغ يجوز بيعه كما يجوز بيع عظم الميتة الى آخره
لانه طهر بالدباغ والعظم ونحوه طاهر باصل الخلقة على ما ذكرنا في كتاب الطهارة فجاز بيعه ولحوم السباع
وشحومها وجلودها بعد الذكاة كجلود الميتة بعد الدباغ حتى يجوز بيعها ويجوز الانتفاع بها غير الاكل لطهارتها
بالذكاة الا جلد الخنزير فانه نجس العين فلا يطهر بالذكاة ويجوز بيع عظم الفيل والانتفاع به عند ابي حنيفة وابي يوسف
وعند محمد لا يجوز وهو كالخنزير عنده وعندهما كالسباع قال رح وعلو سقط اي لا يجوز بيع علو بعد ما سقط
لان حق التعلي ليس بمال ومحل البيع المال وهو ما يمكن احرازه وقبضه والهواء لا يمكن احرازه وانما
يصح بيعه قبل الانهدام باعتبار البناء القائم ولم يبق بخلاف الشرب حيث يصح بيعه تبعا باتفاق الروايات ومقصودا
في رواية وهو اختيار مشايخ بلخ لانه نصيب الماء وهو مال ولهذا يضمن بالاتلاف حتى لو سقى به رجل ارضه
يضمن قيمته وكذا له حصة من الثمن حتى لو ادعى رجل ارضا بشربها بالف فشهد شاهد بذلك وسكت الآخر عن
الشرب بطلت شهادتهما لاختلافهما في ثمن الارض وانما لم يجز بيعه في رواية وهو اختيار مشايخ بخارى للجهالة
وان سقط العلو بعد البيع قبل القبض بطل البيع كهلاك المبيع قبل القبض ولا يجوز بيع المسيل ويجوز بيع الطريق
وهبته والمسئلة تحتمل وجهين احدهما بيع رقبة المسيل والطريق والثاني بيع حق المرور وحق سيل الماء
فان كان المراد به الاول فالفرق بينهما ان رقبة الطريق معلوم الطول والعرض فيجوز بيعه واما رقبة المسيل
فمجهول لان مقدار ما يشغله الماء من الارض مختلف يختلف بقلة الماء وكثرته حتى لو بين حدوده جاز بيعه
وكذا لو باع رقبة النهر من غير اعتبار المسيل او باع جزءا شائعا منه جاز لانه معلوم وان كان المراد به الثاني
ففي بيع حق المرور روايتان في رواية الزيادات لا يجوز وفي رواية ابن سماعة يجوز والفرق بينه وبين المسيل
على رواية ابن سماعة ان حق المرور معلوم وهو الطريق على ما بينا اما التسييل فمتعلق بمجهول لانه متعلق
برقبة المسيل وهو مجهول على ما بينا ووجه الفرق بين حق التعلي حيث لا يجوز بيعه باتفاق الروايات وبين
حق المرور في الطريق حيث يجوز بيعه في رواية ابن سماعة ان حق المرور متعلق برقبة الارض ورقبة الارض
مال وهو عين فما تعلق به كان له حكم المال وحق التعلي متعلق بالهواء والهواء ليس بعين مال ولا له حكم المال
فلا يجوز قال رح وامة تبين انه عبد وكذا عكسه اي لو اشترى او باع شخصا على انه امة فتبين انه عبد
او على انه عبد فتبين انه امة لم يجز البيع وهذا استحسان والقياس ان يجوز وهو قول زفر رح لانه اختلاف الوصف
اذ الذكورة والانوثة وصف في الحيوان وهو يوجب الخيار لا الفساد كما في البهائم فانه اذا اشترى كبشا مثلا فاذا
هو نعجة او بالعكس لا يفسد البيع وانما يثبت له الخيار لفوات الوصف المرغوب فيه كما اذا اشترى عبدا على انه خباز
او كاتب فاذا هو بخلاف ذلك وجه الاستحسان ان الذكر والانثى من بني آدم جنسان مختلفان لتفاحش التفاوت

في المقاصد فان المقصود من العبد الاستخدام خارج الدار ومن الامة الاستخدام داخل الدار كالطبخ والكنس والاستفراش والاستيلاد فصارت جنسا اخر غير الذكورة ومن غيره جنس واحد لعدم تفاوت المقصود فان المقصود منه اللحم والحمل والركوب ونحو ذلك والانثى والذكر من الحيوانات يصلحان لذلك فكانا جنسا واحد واختلاف الجنس يكون باختلاف المقاصد الا يرى ان الخل والدبس جنسان لما قلنا وان اتحد اصلهما ثم في مختلفي الجنس يتعلق العقد بالمسمى اذا اختلف فيه المسمى والمشار اليه لان التسمية ابلغ في التعريف من الاشارة لان الاشارة لتعريف الذات فانه اذا قال هذا صارت الذات معينا لاشتراكه فيه غيره والتسمية لاعلام الماهية وهو امر زايد على اصل الذات فكان ابلغ في التعريف ويحتاج في مقام التعريف الى ما هو ابلغ فيه فكانت الاشارة اولى بالاعتبار في متحدي الجنس لان المسمى موجود في المشار اليه ذاتا والوصف يتبعه فامكن الجمع بينهما بان يجعل الاشارة للتعريف والتسمية للترغيب فيثبت له الخيار عند فوات الوصف المرغوب فيه بخلاف مختلفي الجنس لان المسمى فيه مثل المشار اليه وليس بتابع له فلا يمكن ان يجعل احدهما تبعا للاخر فيعتبر الاعرف عند تعذر الجمع بينهما وهذا هو الاصل في العقود كلها كالاجارة والنكاح والصلح عن دم العمد والخلع والعتق على مال ثم اذا كان المعتبر هو المسمى عند اختلاف الجنس يقع البيع باطلا عند بعض المشايخ لانه معدوم وبيع المعدوم لا يجوز الا في السلم وقال بعضهم انه فاسد وهو اختيار الكرخي لانه باع المسمى واشار الى غيره فصار كانه باع شيئا بشرط ان يسلم غيره وذلك فاسد والاجارة مثل البيع لانها تبطل بالشرط الفاسد والنكاح واشباهه لا يبطل بالشرط الفاسد ولكنه ينظر ان كان المسمى يمكن ضبطه كالثياب والحيوانات الموصوفة او المكيل او الموزون يجب المسمى ويجعل كانه سماه ولم يشر الى شيء وان لم يمكن ضبطه يجب مهر المثل كانه لم يسم شيئا لانه لا يصلح ان يستحق الذمة

قال رحمه الله وشراء ما باع بالاقل قبل النقد ومعناه انه لو باع شيئا وقبضه المشتري ولم يقبض البايع الثمن فاشتراه باقل من الثمن الاول لا يجوز وقال الشافعي رحمه الله يجوز وهو القياس لان الملك فيه قد تم بالقبض فيجوز بيعه باي قدر كان من الثمن كما اذا باعه من غير البايع او منه بمثل الثمن الاول او اكثر او بعرض او باقل بعد النقد ولنا ما روي عن ابي اسحاق السبيعي عن امرأته انها دخلت على عائشة رضي الله عنها فدخلت معها ام ولد زيد بن ارقم فقالت يا ام المومنين اني بعت غلاما من زيد بثمان مائة درهم نسيئة واني ابتعته منه بستمائة نقدا فقالت لها عائشة بئس ما شريت وبئس ما اشتريت ان جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم قد بطل الا ان يتوب رواه الدارقطني فهذا الوعيد دليل على ان هذا العقد فاسد وهو لا يدرك بالراي فدل على انها قالته سماعا ولا يقال قد روي انها قالت اني بعته الى العطا فلعلها انكرت عليها لذلك لانا نقول كانت عائشة رضي الله عنها ترى البيع الى العطا ولان الثمن لم يدخل في ضمان البايع قبل قبضه فاذا عاد اليه عين ماله بالصفة التي خرج عن ملكه وصار بعض الثمن قصاصا ببعض بقي له عليه فضل بلا عوض فكان ذلك ربح ما لم يضمن وهو حرام بالنص بخلاف ما اذا اشترى بمثل الثمن الاول او اكثر لان الربح فيه حصل للمشتري بعد ما دخل المبيع في ضمانه ولو اشتراه من لا تجوز شهادته له كوالده وولده وعبده ومكاتبه فهو بمنزلة شراء البايع بنفسه وقال ابو يوسف ومحمد يجوز في غير العبد والمكاتب لان الاملاك متباينة بخلاف المملوك لان كسبه لسيده وله في كسب مكاتبه حق الملك فكان تصرفه كتصرفه وله ان شراء هولاء كشراء البايع بنفسه لاتصال منافع المال بينهم وهو نظير الوكيل في البيع اذا عقد مع هولاء ولو اشترى ما بيع له بان باع وكيله لم يجز ايضا لانه لما باع باذنه صار كبيعه بنفسه ثم اشترى بالاقل وكذا لو وكل رجلا يبيع عبده بالف درهم فباعه ثم اراد الوكيل ان يشتري العبد باقل مما باع لنفسه او لغيره بامره قبل نقد الثمن لم يجز اما شراؤه لنفسه فلان الوكيل بالبيع بايع لنفسه في حق الحقوق فكان هذا شراء البايع من وجه والثابت من وجه كالثابت من كل وجه في باب المحرمات واما لغيره فلان شراء المامور واقع له من حيث الحقوق فكان هذا شراء ما باع لنفسه من وجه وكذا لو اشترى من وارث مشتريه باقل مما اشترى به المورث لم يجز

مطلب في اعتبار التسمية ودون الاشارة وفيه تفصيل

مطلب النكاح واشباهه لا يبطل بالشرط

بلغني زيد بن ارقم

لقيام الوارث مقام المورث بخلاف ما لو اشترى وارث البايع باقل مما باع به مورثه فانه يجوز وعن ابي يوسف انه لا يجوز كالفصل الاول والفرق على ظاهر الرواية ان الوارث يقوم مقام المورث فيما يورث لا فيما لا يورث ووارث البايع لم يقم مقام البايع في هذا الشراء لانه لم يملك الشراء بطريق الارث لانه كان يملك الشراء لنفسه حال حياة مورثه فكان كالاجنبي في ذلك واما وارث المشتري فقام مقام المشتري في هذا البيع لان ولاية البيع له من احكام المورث فانه ما كان يملك البيع حال حياة مورثه لانه ملك مورثه ولما قام وارث المشتري مقامه في بيع هذا العين بحكم الارث صار بيع الوارث وبيع المورث سواء فكما لا يجوز بيع المشتري لا يجوز بيع وارثه وشرطنا ان يكون الشراء من مشتريه او من وارثه لانه لو باعه المشتري من رجل او وهبه لرجل او اوصى لرجل ثم اشتراه البايع الاول من ذلك الرجل يجوز لان اختلاف سبب الملك كاختلاف العين اصله حديث بريرة حيث قال عليه السلام هي لها صدقة ولنا هدية وشرطنا ان يكون المبيع على حاله لم ينقص لانه اذا تعيب المبيع في يد المشتري فباعه من البايع باقل من الثمن الاول جاز لان المانع ربح ما لم يضمن وانما يظهر الربح اذا صار اليه المبيع كما خرج عن ملكه فاذا لم يعد اليه كما خرج عن ملكه جعل النقصان بمقابلة العيب الحادث عند المشتري فكان مشتريا ما باع بمثل الثمن الاول معنى وشرطنا ان يكون النقصان من حيث الذات لانه لو نقصت قيمته بتغير السعر لم يجز شراؤه باقل مما باع لان تغير السعر غير معتبر في حق الاحكام كما في حق الغاصب وغيره فعاد اليه المبيع كما خرج عن ملكه فيظهر الربح وشرطنا اتحاد الثمنين جنسا لانه اذا اشتراه بجنس اخر غير جنس الثمن الاول يجوز وان كان الثمن الثاني اقل لان الربح لا يظهر عند اختلاف الجنس والدنانير جنس الدراهم هنا حتى لو كان العقد الاول بالدراهم فاشتراه بالدنانير وقيمتها اقل من الثمن الاول لم يجز استحسانا وجاز قياسا وهو قول زفر لانهما جنسان حتى لا يجري ربوا الفضل بينهما ولنا انهما جنسان صورة وجنس واحد معنى لان المقصود بهما واحد وهو الثمنية فبالنظر الى الاول يصح وبالنظر الى الثاني لا فغلبنا المحرم على المبيح لقوله عليه السلام ما اجتمع الحلال والحرام الا وقد غلب الحرام الحلال رجلان باعا عبدا بينهما بالف فقالا بعناكه بالف كل نصف بخمسمائة ثم اشتراه احدهما بخمسمائة قبل النقد فسد في نصفه لانه شراء ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن وصح في نصيب شريكه بنصف خمسمائة لانه ما باع ولا بيع له ولو قالا بعناك نصيب فلان بخمسمائة ثم قالا بعناك نصيب فلان بخمسمائة ثم اشترى احدهما كله بخمسمائة فسد في نصيبه لان نصفه وهو الربع باعه بنفسه ونصفه وهو الربع بيع له واما نصيب صاحبه فيفسد في نصفه وهو الربع لانه باعه له وصح في الربع الاخر فيدفع له ثمنه لانه ما باع ولا بيع له وان اشترياه معا في هذه الصورة صح شراء كل واحد منهما في ثمنه بثمن الثمن لانه لو اشتراه احدهما صح شراؤه في الربع فاذا اشترى كل واحد منهما نصفا شايعا صح شراء كل واحد منهما في ربعه لان كل واحد منهما اشترى نصفا شايعا نصفه فيما باع فيفسد ونصفه فيما باع شريكه فيصح في نصفه الذي لم يبعه له بل باعه لنفسه ولو باعه مع وكيله بالف ثم اشتراه الموكل بخمسمائة لا يصح لان احد النصفين باعه بنفسه والنصف الاخر بيع له ولو اشتراه الوكيل فسد في النصف الذي باعه هو وصح في النصف الاخر لانه ما باع ولا بيع له ولو باع الوكيل كله ثم اشتراه احدهما لا يصح اما الوكيل فلانه باع واما الموكل فلانه بيع له

قال رحمه الله وصح فيما ضم اليه اي صح البيع فيما ضم الى المشترى بان اشترى مثلا جارية بالف ثم باعها واخرى معها بالف من البايع قبل نقد الثمن جاز البيع في التي لم يشترها من البايع ويفسد في الاخرى لانه لا بد ان يجعل بعض الثمن بمقابلة التي لم يشترها منه فيكون مشتريا للاخرى باقل مما باع وهو فاسد ولا يشيع الفساد لانه ضعيف فيها لكونه مجتهدا فيه حتى لو قضى القاضي بجوازه صح او لانه باعتبار شبهة الربوا او لانه طارئ لانه يظهر بانقسام الثمن او المقاصة فلا يسري الى غيرها

قال رحمه الله وزيت على انه يزنه بظرفه ويطرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلا وصح لو شرط ان يطرح عنه بوزن الظرف اي لا يجوز بيع زيت

اي هذا اذا كان المبيع ينقص فاما اذا كان النقصان بحسب السعر ...

اي نصفه

اي ثمن الربع ...

في نصف ذلك ... ولو باعه ... صح شراء كل واحد منهما ...

[illegible]

كل رطل بدرهم على انه يزنه بظرفه و يطرح عن الزيت الموزون مكان كل ظرف خمسين رطلا يجوز ان شرط
ان يطرح بوزن الظرف لان الشرط الاول لا يقتضيه العقد والثاني يقتضيه وهذا لان مقتضى العقد ان
يخرج عنه وزن الظرف فاذا طرح خمسين مثلا يحتمل ان يكون اكثر من الظرف او اقل الا اذا عرف ان وزنه خمسون
رطلا فحينئذ يجوز لانه يقتضيه العقد قال وان اختلفا في الزق فالقول للمشتري لانه المنكر بيانه
انه لو اشترى سمنا في زق فرد المشتري الزق وهو عشرة ارطال فقال البايع الزق كان غير هذا وهو كان خمسة
ارطال لانه ان اعتبر اختلافا في الزق فالقول قول القابض ضمينا كان او امينا كالغاصب والمودع وان اعتبر
اختلافا في السمن فهو في الحقيقة اختلاف في مقدار الثمن فيكون القول للمشتري لانه ينكر الزيادة ولا يتحالفا
وان كان الاختلاف في الثمن لان الاختلاف في الثمن يثبت تبعا للاختلاف فيهما في الظرف والاختلاف في الظرف لا
يوجب التحالف لانه ليس بمقصود بالعقد ولا معقود عليه اصلا فكذا فيما يثبت تبعا له اذ التبع لا يخالف الاصل
ولان التحالف ورد على خلاف القياس فيما اذا كان الاختلاف في موجب العقد قصدا ضرورة ان كل واحد منهما
يدعي عقدا غير الذي يدعيه صاحبه والاختلاف في الزق ليس في معناه فلا يلحق به قال ولو امر ذميا
بشراء خمر او بيعها صح وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز وعلى هذا الخلاف التوكيل ببيع الخنزير وعلى هذا
توكيل المحرم للحلال ببيع صيده لهما ان الوكيل يستفيد الولاية من الموكل ولا ولاية للموكل على هذا التصرف
فكذا لوكيله كمسلم وكل مجوسيا بان يزوجه مجوسية حيث لا يجوز بالاتفاق ولان ما يثبت له ينتقل اليه فصار
كانه باشره بنفسه ولانه بين الوكيل والموكل يجري حكم المبادلة حتى يجعل الوكيل بمنزلة البايع والموكل بمنزلة
المشتري الا ترى انه يحبس المبيع بالثمن ويرد الموكل عليه بالعيب ويجري التحالف بينهما عند التجاحد
ولابي حنيفة رحمه الله ان الوكيل اصل لنفس التصرف والموكل لحكم التصرف الا ترى انه يملك الخمر والخنزير بالارث بان
كان الذمي فاسلم فمات قبل ان يسيب الخنزير ويخلل الخمر يرثه ورثته المسلمون وكذا اذا تخمر عصيره يبقى على ملكه
بخلاف توكيل المسلم المجوسي ان يزوجه المجوسية لانه سفير ومعبر فيه فيكون مضافا الى الموكل وبخلاف ما
اذا اتهب كافر لمسلم خمرا لانه سفير كالتزويج فيقع الحكم فيه للمسلم ابتداء وحقوقه راجعة اليه ثم يتصدق بثمن
الخمر ان باعها الوكيل لتمكن الخبث فيه لقوله عليه السلام ان الذي حرم شربها حرم بيعها واكل ثمنها وفي التوكيل بشراء الخمر
يملكها حكما فيخللها لانه منع عن الانتفاع بعينها فله ان يتصرف فيها على وجه يتوصل به الى الانتفاع بها اذا تمامه
ورثها او تخمر عصيره وعليه ثمنه يدفعه الى الوكيل لانتقال الملك اليه من جهته حكما فيلزمه البدل وان كان
خنزيرا يسيبه وقولهما لا ولاية للموكل في هذا التصرف فكذا وكيله منقوض بمسائل منها ان رجلا لو توكل عن غيره
بشراء عبد بعينه لا يملك ان يشتريه لنفسه فلو وكل من يشتريه له فاشتراه له ملكه ومنها اذا مات ذمي وترك
خمرا يامر القاضي ذميا ببيعها وانه لم يملك بيعها هو ومنها لو كان مسلم وصيا للذمي والميت خمر يامر الوصي
المسلم ذميا ببيعها وان لم يملك بيعها هو واما نكاح المجوسية فان المسلم لا يملكه ابتداء ولا بقاء فلا يمكن اثباته
له حكما لتصرفه بخلاف ما نحن فيه على ما بينا ولان المقصود من البيع الملك والمسلم اهل للملك والمقصود من النكاح
الحل ولا يفيد الحل فيلغو قال وامة على ان يعتق المشتري او يدبر او يكاتب او يستولد اي لا يجوز بيع امة
على ان يفعل بها المشتري شيئا من هذه الاشياء لنهيه عليه السلام عن بيع وشرط والاصل فيه ان كل شرط لا يقتضيه
العقد وهو غير ملايم له ولم يرد الشرع بجوازه ولم يجر التعامل فيه وفيه منفعة لاهل الاستحقاق مفسد لما روينا
فان شرط فيه ما يقتضيه العقد كشرط الملك للمشتري او شرط فيه الملايم للعقد كالرهن والكفالة جاز لانهما
للتوثقة والتاكيد لجانب الاستيفاء والمطالبة لان استيفاء الثمن مقتضى العقد ومؤكده وملايم له اذا كان
معلوما بان كان الرهن والكفالة معينين او شرط فيه ما ورد الشرع بجوازه كالخيار والاجل او شرط فيه ما جرى
التعامل فيه بين الناس كشراء النعل على ان يحذوها البايع او يشركها او شرط فيه ما لا منفعة فيه لاهل الاستحقاق

واهل

واهل الاستحقاق هو البايع والمشتري والمبيع الادمي والاجنبي لا يفسد البيع لورود الشرع به او للتعامل
او لكونه ملايما وما عدا ذلك من الشروط مفسد لما فيه من زيادة عرية عن العوض فيفضي الى الربا ولانه يقع
بسببه المنازعة فيعرى العقد عن مقصوده لان المقصود من شرع الاسباب في المعاملات قطع النزاع فيحصل
به المباشر للسبب وقال الشافعي رحمه الله يجوز البيع بشرط الاعتاق وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة لان بيع العبد
نسمة متعارف في الوصايا وتفسيره ما قلنا ولنا انه لا يقتضيه العقد اذ هو بمقتضى الاطلاق ان يتصرف
فيه اي تصرف شاء لا تصرفا معينا فاشتراط مثله فيه مفسد له كاشتراط التدبير والاستيلاد والكتابة فيه
وتفسير بيع النسمة ان يبيعه ممن يعرف انه يعتقه كما اذا باعه ممن يعرف انه يطلب رقبة للاعتاق عن كفارة او نذر
وقيل تفسيره ان يعده المشتري قبل الشراء ثم يشتريه من غير شرط في العقد ولو اعتقه المشتري جاز البيع عند ابي حنيفة
ووجب عليه الثمن وقالا يجب عليه القيمة وهو القياس لان شرط الاعتاق مفسد فتحقيقه تقرير الفساد لا رفع له
كساير الشروط المفسدة فصار كما اذا اتلفه بوجه اخر وجه الاستحسان ان اشتراط الاعتاق من حيث ذاته
لا يلايم العقد على ما بينا ولكن من حيث حكمه يلايمه لانه منه للملك والشيء بانتهائه يتقرر فلوجود صورة الشرط
قلنا يفسد فاذا تحقق العتق حكمنا بجوازه لتحقق الملايمة وهو الانتهاء فكان الحال قبله موقوفا بخلاف الاستيلاد
والتدبير حيث لا يعود صحيحا بهما لانهما ليسا بمنهيين للملك وكذا اذا اتلفه بوجه اخر ولو باع جارية بشرط
ان يطاها المشتري او بشرط ان لا يطاها فسد البيع عند ابي حنيفة لان العقد لا يقتضيهما لان قضيته اطلاق
الانتفاع لا الحجر منه ولا الالزام وقال ابو يوسف صح في الاول لان العقد يقتضيه وفسد في الثاني لانه لا يقتضيه
وعند محمد صح فيهما لان الثاني ان لم يقتضه العقد فلا يرجع نفعه الى احد فكان هذا شرطا لا مطالب له ولا يؤدي
هذا الى النزاع فلا يفسد قال وحملها اي لا يجوز بيع امة الا حملها لان ما لا يصح افراده بالعقد لا يصح
استثناؤه منه والحمل لا يجوز افراده بالبيع فكذا استثناؤه لانه بمنزلة الاطراف فصار شرطا فاسدا وفيه
منفعة للبايع فيفسد البيع ثم استثناء الحمل في العقود على ثلاث مراتب في وجه يفسد العقد والاستثناء كالبيع
والاجارة والكتابة والرهن لان هذه العقود تبطلها الشروط الفاسدة غير ان المفسد في الكتابة ما يتمكن
في صلب العقد من الشروط اي ما يقوم به العقد حتى لو كاتب بشرط ان لا يخرج من البلد لا يفسد وله ان يخرج
لان الكتابة تشبه البيع من حيث ان العبد مال في حق المولى وتشبه النكاح من حيث انه ليس بمال في حق نفسه
فعملنا بالشبهين في الحالين وفي وجه العقد جايز والاستثناء باطل كالهبة والصدقة والنكاح والخلع
والصلح عن دم العمد فلا يبطل العقد ويبطل الاستثناء ويكون الحمل تابعا للام في هذه العقود ويصير هو حيث
صارت هي وفي وجه يجوز العقد والاستثناء وهو الوصية حتى لو اوصى بجارية لانسان الا حملها صح وكذا
لو اوصى بحملها لاخر صح لان الوصية اخت الميراث والميراث يجري فيه فكذا الوصية بخلاف الخدمة وفي العتق
يتبعها الحمل ولو اعتق الحمل وحده صح قال ويستخدم البايع شهرا او دارا على ان يسكن او يقرض المشتري
درهما او يهدي له او يسلم الى كذا وثوب على ان يقطعه البايع ويخيطه قميصا لان هذه الشروط لا يقتضيها
العقد وفيه منفعة لاحدهما فيفسد ولانه ان كان بعض الثمن بمقابلة العمل المشروط فهو اجارة مشروطة
في بيع وان لم يكن بمقابلته شيء فهو اعارة مشروطة فيه ونهى النبي صلى الله عليه وسلم عن صفقتين في صفقة
ولان الاجل يختص بالديون لانه شرع للترفيه حتى يتمكن من التحصيل به دون الاعيان اذ هي حاصلة متعينة
بالعقد فلا حاجة فيها الى التاجيل فيكون اشتراطه مفسدا قال وصح بيع نعل على ان يحذوه او يشركه
وقال زفر لا يجوز وهو القياس لان فيه شرطا لا يقتضيه العقد وجه الاستحسان ان الناس تعاملوه وبمثله
يترك القياس ولهذا اجزنا الاستصناع واستيجار الصباغ والظئر والحمام وان كانت اجارته على
استهلاك الاعيان قال لا البيع الى النيروز والمهرجان وصوم النصارى وفطر اليهود ان لم يدر المتعاقدان

ذلك يعني لا يجوز البيع الى هذه الآجال لانها مجهولة فتفضي الى المنازعة قال ولو قال اذا باع الى فطر النصارى وقد شرعوا في صومهم جاز لان صومهم بالايام وهي معلومة قال والى قدوم الحاج والحصاد والدياس والقطاف اي لا يجوز البيع الى هذه الآجال لانها تتقدم وتتاخر فتكون مجهولة وهذا لان هذه الاشيا افعال العباد فتثبت بحيث ما يبدو والعجم والآجال شرعت بالاوقات قال الله تعالى يسألونك عن الاهلة قل هي مواقيت للناس وكذا الى الجزاز لما ذكرنا وهو جز الصوف وكذا الى الجذاذ وهو بالذال المعجمة عام في قطع الثمار وبالمهملة خاص في النخل والحصاد بفتح الحاء وكسرها قطع الزرع وقرئ بهما قوله تعالى وآتوا حقه يوم حصاده والقطاف قطع العنب من الكرم والدياس ان يوطئ الطعام الدواب قال ولو كفل الى هذه الاوقات صح لان هذه جهالة يسيرة وهي محتملة في الكفالة لكونها تبرعا فيجري التسامح فيها بخلاف البيع لانه مبادلة المال بالمال فيكون مبناه على المماكسة والمضايقة فاذا كانت يسيرة امكن رفعها باقصاها بخلاف ما اذا كانت فاحشة كالكفالة الى هبوب الريح لان الكفالة تشبه النذر ابتداء لكونها التزاما محضا من غير ان يقابله شيء وفي النذر تتحمل الجهالة وان كانت فاحشة وهي معاوضة انتهاء باعتبار الرجوع على المكفول عنه ولا تتحمل الجهالة في المعاوضات وان كانت يسيرة فعملنا بالشبهين في الحالين الا ترى ان الجهالة في الكفالة تتحمل في اصل الدين حتى لو كفل بما ذاب له على فلان صح فبالوصف وهو الاجل اولى بخلاف البيع حتى لا يصح بثمن مجهول اصلا فكذا في وصفه قال ولو اسقط الاجل قبل حلوله صح اي لو باع الى هذه الآجال ثم اسقط المشتري الاجل قبل ان ياخذ الناس في الحصاد والدياس وقبل قدوم الحاج جاز البيع وقال زفر والشافعي لا يجوز لان العقد انعقد فاسدا فلا ينقلب صحيحا باسقاط المفسد كما اذا اسقط الدرهم الزايد عن بيع الدرهم بالدرهمين وكما اذا تزوج امراة الى عشرة ايام ثم اسقط الاجل ولنا ان المفسد شرط خارج عن صلب العقد وهو يسير ولهذا اختلف الصحابة فيه فينقلب صحيحا عند ازالته او نقول العقد ينعقد موقوفا وبالاسقاط تبين انه كان جايزا على ما قاله مشايخنا وهو الصحيح لان فساده باعتبار انه يفضي الى المنازعة وقبل مجيه لا منازعة فلا يفسد والاول قول مشايخ العراق وعلى هذا الخلاف كل عقد ينقلب صحيحا بازالة المفسد ينعقد فاسدا عندهم وموقوفا عند مشايخنا بخلاف الدرهم الزايد لان الفساد فيه في صلب العقد لانه في احد العوضين وبخلاف الاجل في النكاح لانه عقد غير النكاح وهو المتعة والعقد لا ينقلب عقدا آخر وقوله ولو اسقط الاجل قبل حلوله اي اسقطه من له الحق فيه وهو المشتري لان الاجل حقه فينفرد باسقاطه ولا يشترط فيه التراضي وقول القدوري في مختصره فان تراضيا باسقاط الاجل وقع اتفاقا او مخرج الشرط لان رضا من له الحق يكفي ولو باع مطلقا ثم اجل الثمن الى هذه الاوقات جاز لانه تاجيل الدين والجهالة في تاجيل الدين متحملة لخلو العقد عن المفسد بخلاف ما اذا كانت في العقد لان الجهالة مقارنة له فيفسد قال ومن جمع بين حر وعبد او بين شاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما وان جمع بين عبد ومدبر او بين عبده وعبد غيره او بين ملك ووقف صح في القن وعبده والملك اما الاول فالمذكور على اطلاقه قول ابي حنيفة وعندهما ان بين ثمن كل واحد منهما جاز في العبد والذكية والا فلا لانه اذا بين ثمنهما صار صفقتين فيتقدر الفساد بقدر المفسد بخلاف ما اذا لم يبين لكل واحد ثمنا لانه يبقى بيعا بالحصة ابتداء وهو لا يجوز وله ان الصفقة متحدة فلو يمكن وصفها بالصحة والفساد فيبطل وهذا لان الحر والميتة لا يدخلان في العقد لعدم شرطه وهو المالية فيكون قبول العقد في الحر والميتة شرطا لجواز العقد في العبد والذكية فيبطل واما الثاني فهو قول علمائنا الثلاثة وقال زفر لا يصح لان محل العقد المجموع ولا يتصور ذلك لانتفاء المحلية في المدبر ونحوه كام الولد والمكاتب وقد جعل قبول العقد فيه شرطا لصحة العقد في المال فيفسد كالفصل الاول والفرق بين الفصلين لابي حنيفة مطلقا ولهما اذا لم يفصل الثمن ان المدبر ونحوه يدخل تحت البيع ثم ينتقض في حقه فيقسم الثمن عليهما حالة البقاء وهو غير مفسد وفي الفصل الاول الحر ونحوه لا يدخل في البيع اصلا فلو جاز البيع فيما ضم اليه لكان بيعا بالحصة ابتداء فلا يجوز

وهو الدلال

لو قضى بجواز بيع المدبر وغيره ينعقد

لجهالة الثمن عند العقد بخلاف النكاح حيث يجوز نكاح المحللة فيما اذا ضم اليها المحرمة فعقد عليهما جملة لان النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة ولا بجهالة المهر فيكون صحيحا والدليل على ان المدبر وام الولد والمكاتب وعبد الغير محل في البيع ان القاضي لو قضى بجواز بيع المدبر وام الولد ينعقد وفي المكاتب ينعقد برضاه في الاصح وفي عبد الغير باجازة مولاه ولولا انهم مال ولم يدخلوا في العقد لما نفذ كما في الحر والميتة وانما خرجوا من العقد بعد الدخول لاستحقاقهم انفسهم في المدبر وام الولد والمكاتب وفي عبد الغير لاجل مولاه فلا يكون بيعا بالحصة ابتداء بل في حالة البقاء فلا يفسد وفيما اذا جمع بين ملك ووقف روايتان في رواية يفسد في الملك لان البيع لا ينعقد على الوقف لانه صار محرزا عن الملك والتمليك فصار كما لو جمع بين حر وعبد ذكره الفقيه ابو الليث في نوازله والاصح انه يجوز في الملك لان الوقف مال ولهذا ينتفع به انتفاع الاموال غير انه لا يباع لاجل حق تعلق به وذلك لا يوجب فساد العقد فيما ضم اليه كالمدبر ونحوه بخلاف المسجد حيث يبطل العقد فيما ضم اليه لانه ليس بمال ولهذا لا ينتفع به انتفاع الاموال فصار كالحر فلو باع قرية ولم يستثن المساجد والمقابر لم يصح لما ذكرنا وقال في المحيط قيل يصح في الملك وهو الاصح لان البيع ينعقد على الوقف لانه مال متقوم الا ترى انه يضمن بالاتلاف وهذا مشكل لان المسجد كالحر على ما بينا فكيف يجوز البيع فيما ضم اليه ولا سبيل لهذا الا اذا جعل استثناء المساجد فيكون كانه باع غير مواضع المساجد

في بيان احكام البيع الفاسد وحكم الشيء اثره فيتبع الموثر وحكم البيع الباطل انه ان هلك المبيع في يد المشتري فعند البعض يهلك امانة وعند البعض مضمون بالقيمة واما حكم البيع الفاسد ففي هذا الفصل بيانه اذا قبض لحكم مكين

فصل

قال رحمه الله قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بامر البايع وكل من عوضيه مال ملك المبيع بقيمته معناه اذا قبضه ملكه ولزمه قيمته اذا كان القبض بامر البايع وفي العقد عوضان وكل واحد منهما مال ذكر القبض لانه قبله لا يفيد الملك وذكر البيع الفاسد احترازا عن الباطل فانه لا يفيد الملك وشرطان يكون القبض بامر البايع والمراد به اذنه لانه بغير اذنه لا يفيد الملك على ما عرف ولا بد له من اذن صريح بعد الافتراق وقبله في المجلس يكتفى بالدلالة لان البيع تسليط منه على القبض اذ مراده ان يملكه المشتري ولا يكون ذلك الا بالقبض فكان ذلك تسليطا منه عليه كما في الهبة بخلاف البيع الصحيح فان الايجاب فيه لا يكون تسليطا منه على القبض لان مقصوده وهو التملك يحصل بدونه فلا حاجة في اثباته هذا اذا لم يقبض البايع الثمن او قبضه وهو مما لا يملك بالقبض كالخمر والخنزير وان كان مما يملك به وقبضه كان اذنا منه بالقبض دلالة فلا يحتاج فيه الى التصريح به وان كان بعد المجلس وشرطان يكون في العقد عوضان كل واحد منهما مال ليتحقق ذكر البيع وهو مبادلة المال بالمال فيخرج عنه البيع بالميتة ونحوه والبيع مع نفي الثمن في رواية بخلاف البيع مع السكوت حيث ينعقد فاسدا وقوله ملك المبيع بقيمته يعني قيمته يوم القبض لانه به دخل في ضمانه وعند محمد يعتبر قيمته يوم اتلفه لانه به تقرر عليه اذا كان المبيع من ذوات القيم وان كان من ذوات الامثال ملكه بمثله اذ هو اعدل لكونه مثلا له صورة ومعنى فلا يعدل عنه مع امكانه كما في الغصب وعلى هذا قول مشايخ بلخ وقال مشايخ العراق لا يملك العين وانما يملك التصرف خاصة بحكم تسليط البايع عليه استدلالا بما قال محمد انما جاز بيعه لان البايع سلطه على ذلك وقال ايضا من اشترى دارا شراء فاسدا فلا شفعة للشفيع فيها ولو ملكها المشتري لاخذها الشفيع وكذا لو اشترى جارية لا يحل له وطيها ولو وطيها يجب عليه العقر اذا رفع الفساد وردها الى البايع ولو ملكها لحل وطيها ولم يجب العقر لمصادفته ملكه كالامة الموهوبة يحل له وطيها ولا يجب عليه العقر اذا رجع الواهب فيها وانه لو ربح فيها لا يطيب له الربح ولو ملكها لطاب وكذا لا يحل له اكل طعام اشتراه شراء فاسدا ولو ملكه لحل وجه القول الاول وهو الاصح ان الاب او وصيه لو باع عبد الصغير بيعا فاسدا فاعتقه المشتري نفذ عتقه وكان الولاء له ولو لم يملكه لما نفذ لان الاب والوصي لا يملكان الاعتاق ولا التسليط عليه وكذا لو اشترى دارا شراء فاسدا فبيعت بجنبها دار اخذها المشتري بالشفعة ولو لم يملكها لما استحق الشفعة وكذا لو اشترى جارية وردها على البايع يجب عليه الاستبراء ولو لم تخرج عن ملكه لما وجب وانما لا يحل له التصرفات

من الوطي والاكل ولم تجب الشفعة فيها لان الاشتغال بالوطي ونحوه اعراض عن الرد وهو واجب شرعا وفي
قضاء القاضي بالشفعة تاكيد الفساد وتقريره وما ذكره محمد رحمه الله من التسليط لا يدل على انه لو يملكه اذ المشتري
يتصرف في المبيع بتسليط البائع بسبب تمليكه اياه وقال الشافعي رحمه الله لا يملك بالفاسد العين ولا التصرف وان قبضه
لانه محظور لكونه منهيا عنه والنهي يقتضي التحريم والملك نعمة لكونه ذريعة الى قضاء المآرب ووسيلة الى
تحصيل المطالب فلا ينال به اذ لا يلايمه والملايمة شرط بين الاثر والمؤثر ولان النهي نسخ المشروعية للتضاد بين
كونه مشروعا وبين كونه منهيا عنه لان النهي يقتضي قبحه والمشروعية تقتضي حسنه وبينهما تناف فكان باطلا
الا ترى انه لا يفيده قبل القبض وبه تزداد الحرمة والفساد فانى يثبت له الملك فيه فصار كالميتة وبيع الخمر
بالدراهم ولنا ان ذكر البيع صدر من اهله مضافا الى محله فوجب القول بانعقاده ولا خفاء في الاهلية وركنه
مبادلة المال بالمال وفيه الكلام والنهي عن الافعال الشرعية يقرر المشروعية عندنا بخلاف النهي عن الافعال
الحسية لان النهي يقتضي التصور ولهذا لا يقال للاعمى لا تبصر ولا للانسان لا تطر لعدم التصور منه فاذا كان
من شرطه التصور فتصور الافعال الشرعية بالشرع فاذا لم تكن مشروعة لم تكن متصورة فيبطل النهي اذ حقيقة النهي
تصرف في المكلف بالمنع مع قيام المنهي عنه وهو المحل على حاله فاقتضى وجوده ووجوده بالشرع فصارت مشروعة
ضرورة صحة النهي والافعال الحسية متصورة بذاتها فلا ضرورة الى جعلها مشروعة وهذا بخلاف النسخ فانه
تصرف بازالته من غير تعرض للمكلف فكانا في طرفي نقيض فلا يمكن حمل احدهما على الاخر وتحقيق هذا ان النهي
عن العقود المشروعة لا يخرجها من ان تكون مشروعة وانما يحرم مباشرتها وتحصيل الحكم بذلك السبب مع بقائه
سببا له عندنا كما اذا كان النهي لمعنى في غيره كالبيع عند اذان الجمعة فانه مشروع على حاله مفيد لحكمه غير انه يحظر
ولا يقال البيع عند الاذان منهي عنه لغيره وفيما نحن فيه لمعنى في نفسه فلا يقاس عليه ما ليس في معناه لانا نقول
النهي فيهما لمعنى في غيره لكن ذلك الغير في المستشهد به منفصل عنه مجاور له وفيما نحن فيه متصل به وصفا
فكان النهي فيهما لمعنى في غيره الا ترى انه لولا الشرط لجاز العقد غاية الامر ان الوصف اقوى اتصالا من المجاور
وذلك لا يوجب عدم المشروعية فكان مشروعا بذاته غير مشروع بوصفه وظهر اثر القوة في انعقاده فاسدا لا يفيد
الملك الا بالقبض وهذا لانه لو اوجب الملك قبله لثبت بلا عوض اذ المسمى لا يجب للفساد وضمان القيمة لا يجب
الا بالقبض ولانه واجب الرفع بعد القبض للفساد المقترن به فوجوب الامتناع عن المطالبة اولى وذلك
لعدم الملك ولان ثبوت الملك به قبل القبض يؤدي الى تقرير الفساد من حيث ان كلا منهما يجب عليه تسليم ما لك
غيره وبالقبض يتقرر العقد وتحو... وبينهما تناف قلنا لو تنافى اذا جعل مشروعا من وجه دون وجه على ما
بينا والميتة ليست بمال في حق احد فانعدم الشرط واذا باع الخمر بالدراهم فقد جعلها مثمنا وهي لا تجب بالعقد
فلو انعقد لوجب قيمتها لتعذر تسليمها والقيمة لا تصلح مثمنا وانما تكون ثمنا اذ لا عهد لنا في الشرع ان تكون القيمة
مبيعا في صورة من المبايعات قال رحمه الله ولكل منهما فسخه يعني على كل واحد منهما فسخه لان رفع الفساد واجب
عليهما فالاولى ان يكون بمعنى على قال الله تعالى وان اسأتم فلها اي فعليها ويتمكن كل واحد منهما من الفسخ قبل القبض
بعلم صاحبه لان البيع الفاسد لا يفيد الملك قبل القبض فكان بمنزلة البيع الذي فيه الخيار فكان كل واحد منهما
يستبد من فسخه من غير رضى الاخر لكنه يتوقف على علمه لان فيه الزام الفسخ له فلا يلزمه بدون علمه واما بعد
القبض فان كان الفساد في صلب العقد بان كان راجعا الى احد البدلين كالبيع بالخمر او الخنزير فكذلك ينفرد احدهما
بالفسخ لقوة الفساد وان كان الفساد لشرط زايد بان باع الى اجل مجهول او غيره مما فيه منفعة لاحد المتعاقدين
يكون لمن له منفعة شرط الفسخ دون الاخر عند محمد رحمه الله لان منفعة الشرط اذا كانت عائدة اليه كان قادرا
على تصحيحه بحذف الشرط فكان في حقه بمنزلة الصحيح لقدرته عليه فلو فسخ الاخر لابطل حقه عليه وعندهما
لكل منهما فسخه لانه مستحق النقض حقا للشرع فانتفى اللزوم عن العقد ومن له النفع قادر على تصحيحه بالحذف

والكلام على ما قبل التصحيح فينفسخ بعلم صاحبه في الكل وعن ابي يوسف لا يشترط علمه قال رحمه الله الا ان يبيع المشتري
او يهب او يحرر او يبني اي اذا تصرف فيه هذه التصرفات ليس لواحد منهما ان يفسخ لان المشتري ملك المبيع بالقبض
فينفذ فيه تصرفاته كلها وينقطع به حق البائع في الاسترداد سواء كان تصرفا يقبل الفسخ او لا يقبله الا الاجارة
والنكاح فانهما لا يقطعان حق البائع في الاسترداد لان الاجارة عقد ضعيف يفسخ بالاعذار وفساد الشراء عذر
فيفسخ والنكاح لا يمنع فسخ البيع فيفسخ ويرد على البائع والنكاح على حاله وما عداهما من التصرفات يقطع حق الاسترداد
لانه تعلق به حق العبد والفسخ لحق الشرع وما اجتمع حق الله تعالى وحق العبد الا وقد غلب حق العبد لحاجته
وغنى الله تعالى بخلاف حق الشفعة حيث ينقض فيه تصرف المشتري لانه حق العبد فكان اولى بالشفعة ولانه
بالعتق قد هلك فتجب قيمته والبيع الثاني مشروع باصله ووصفه والاول مشروع باصله دون وصفه فكان
الثاني اولى بالاعتبار وكذا الهبة مشروعة باصلها ووصفها فكانت اولى ولان تصرف المشتري حصل بتسليط
البائع فلا ينقض بخلاف الشفيع حيث ينقض تصرف المشتري لعدم التسليط منه والكتابة والرهن نظير البيع
لانهما لازمان الا انه اذا عجز المكاتب او فك الرهن يعود حق الاسترداد لزوال المانع وكذا لو رجع في
الهبة عاد حق الاسترداد سواء كان بقضاء او بغير قضاء لانه يعود اليه قديم ملكه في الوجهين وبالرد بالعيب
يعود حق الاسترداد لما ذكرنا وهذا كله اذا عاد المبيع الى ملك المشتري بما يكون فسخا قبل قضاء القاضي
بالقيمة على المشتري وان كان بعده لا يعود حق الاسترداد لانه قد تم لزوم القيمة بقضاء القاضي ولا ينتقض
قضاؤه بعد ذلك كالعبد المغصوب اذا ابق ثم عاد بعد ما قضي على الغاصب بالقيمة وتعلق حق الوارث به
لا يمنع حق الاسترداد لان ملك الوارث خلافة فكان في حكم عين ما كان للمورث ولهذا يرد بالعيب فيما اشتراه
المورث ويرد عليه بخلاف ملك الموصى له على ما عرف في موضعه وحق الله او يبني اي ينقطع حق الاسترداد ببناء
المشتري في العقار المشترى شراء فاسدا وهذا عند ابي حنيفة وعندهما لا ينقطع وعلى هذا الخلاف الغرس لهما
ان حق البائع في الاسترداد اقوى من حق الشفيع في الاخذ حتى يحتاج في الاخذ بالشفعة الى القضاء ويبطل
بالتاخير ولا يورث بخلاف حق البائع ثم حق الشفعة مع ضعفه لا يبطل بالبناء والغرس فهذا اولى وله ان
البناء والغرس حصل بتسليط البائع وهو مما يقصد به الدوام فينقطع حقه في الاسترداد كالبيع بخلاف حق
الشفيع لانه لم يوجد منه التسليط ولهذا لا يسقط ببيع المشتري وهبته فكذا ببنائه وشك يعقوب
في حفظ الرواية عن ابي حنيفة ونص محمد رحمه الله ان للشفيع ان ياخذ العقار المشترى شراء فاسدا بالشفعة
اذا بنى المشتري فيه عنده والبيع الفاسد لا تجب فيه الشفعة ما دام حق الاسترداد باقيا فلما وجبت فيه
الشفعة عنده علم ان حق البائع في الاسترداد قد انقطع عنده وهذا ظاهر فاذا اخذ الشفيع ياخذه بالقيمة
كما اذا باعه المشتري فانه ياخذه بالقيمة ان اختار الاخذ بالبيع الاول ونقض الثاني وان شاء اخذه بالبيع
الثاني بثمنه لانه بيع صحيح فامكن ايجاب ثمنه فاذا اخذه هنا بالشفعة نقض البناء والغرس كما يفعله في البيع
الصحيح ولا يقال اذا نقض الشفيع البناء عاد حق الاسترداد لزوال المانع لانا نقول انه ينقضه بعد ما دخل في
ملكه وملكه مانع من الاسترداد ثم الاصل فيه ان المشتري متى فعل بالمبيع فعلا ينقطع به حق المالك في الغصب
ينقطع به حق المالك في الاسترداد كما اذا كانت حنطة فطحنها او صبغ الثوب روي عن محمد ان البائع بالخيار
ان شاء اخذه واعطى ما زاد فيه الصبغ وان شاء ضمنه قيمته كما في الغصب قال رحمه الله وله ان يمنع المبيع عن
البائع حتى ياخذ الثمن منه يعني اذا تفاسخا بعد قبض العوضين كان للمشتري ان يحبس المبيع حتى يرد البائع
الثمن الذي قبضه لان المبيع مقابل به فيصير محبوسا به كالرهن وان مات البائع فالمشتري
احق به حتى يستوفي الثمن لانه يقدم عليه حال حياته فكذا يقدم على تجهيزه بعد وفاته وعلى هذا ارباب
الديون والورثة وعلى هذا لو استاجر اجارة فاسدة ونقد الاجرة او ارتهن رهنا فاسدا او اقترض قرضا فاسدا

واخذ به رهنا له ان يحبسها استاجر وما ارتهن حتى يقبض ما نقد اعتبارا بالعقد الجائز اذا تفاسخا لانهما
معاوضة فتوجب التسوية بين المداينين فان مات الموجر او الراهن او المستقرض فهو احق بما في يده من المقبوض
من سائر الغرماء ولو اشترى من مديته عبدا بدين سابق له عليه شراء فاسدا وقبض العبد باذن البائع فاراد
البائع استرداد العبد بحكم الفساد ليس للمشتري ان يحبس العبد لاستيفاء ما له عليه من الدين بخلاف الصحيح
ولو كانت الاجارة بدين سابق عليها وقبض المستاجر العبد ثم فسخ الموجر الاجارة بحكم الفساد له ان يسترد
العبد قبل ايفاء الاجرة ليس للمستاجر الحبس بالاجرة بخلاف الصحيح وكذا الرهن الفاسد لو كان بدين سابق عليه
قال وطاب للبائع ما ربح لا للمشتري اي لو اشترى شيئا يتعين بالتعيين بما لا يتعين كالدراهم والدنانير وربح
كل واحد منهما طاب للبائع في الثمن ولم يطب للمشتري ما ربح في المبيع لان العقد يتعلق بما يتعين فيتمكن الخبث
فيه ولا يتعلق العقد الثاني بما لا يتعين بل يجب مثله في الذمة فلم يتمكن الخبث فيه فلا يجب التصدق به هذا
في الخبث الذي لفساد الملك وان كان الخبث لعدم الملك كالمغصوب والامانات اذا خان فيها المؤتمن فانه يشمل
ما يتعين وما لا يتعين عند ابي حنيفة ومحمد لتعلق العقد بملك الغير فيما يتعين حقيقة وفيما لا يتعين شبهة من
حيث انه يتعلق بملك الغير سلامة المبيع وتقدير الثمن وعند فساد الملك تنقلب الحقيقة شبهة فتعتبر و
الشبهة تنزل الى شبهة الشبهة فلا تعتبر فصار في الحاصل ان الاموال نوعان ما يتعين بالعقد وما لا يتعين
والحرمة نوعان حرمة لعدم الملك وحرمة لفساده وقد ذكرنا حكمها فتامله وهل يتعين رد المقبوض من الثمن بعينه
في البيع الفاسد ام لا قيل يتعين لانه قبض مضمون بالمثل فصار كالغصب وقيل لا يتعين لانه ملكه بالقبض فصار
كما لو ملكه بالعقد كما في البيع الصحيح والاول اصح وهو رواية ابي سليمان والثاني رواية ابي حفص وقيل على
هذا لا يطيب له ما ربح في الثمن عندهما كما في المغصوب قال ولو ادعى على اخر دراهم فقضاها اياه ثم تصادقا
انه لا شيء عليه طاب له ربحه اي ربحه في الدراهم لان الخبث بفساد الملك هنا لان الدين وجب بتصادقهما الا
انه استحق بالتصادق انه لا دين عليه وبدل المستحق مملوك الا ترى انه لو باع عبدا جارية فاعتقه
المشتري ثم استحق الجارية لا يبطل العتق في العبد ولولا انه مملوك لبطل لانه لا عتق فيما لا يملك ابن ادم
وكذا لو حلف ان لا يفارق غريمه حتى يستوفي دينه فباعه عبد الغير بالدين فقبضه الحالف وفارقه ثم استحق
العبد مولاه ولم يجز البيع لا يحنث الحالف لان المدين ملك ما في ذمته بالبيع وهو بدل المستحق فلو يحنث
الحالف بالاستحقاق فاذا كان مملوكا وهو بسبب خبيث لكونه مملوكا بملك الغير لا يعمل فيما لا يتعين ويعمل
فيما يتعين على ما بينا من قبل قال وكره النجش والسوم على سوم غيره والنجش بفتحتين ويروى بالسكون
ان يستام السلعة بازيد من ثمنها وهو لا يريد شراءها بل ليراه غيره فيقع فيه وانما كره لما روي عن ابن عمر
انه عليه السلام نهى ان يبيع حاضر لباد وان يتناجشوا رواهما احمد ومسلم والبخاري وقال عليه السلام لا يخطب
الرجل على خطبة اخيه ولا يسوم على سوم اخيه وفي لفظ لا يبيع الرجل على بيع اخيه ولا يخطب على خطبة اخيه رواه
احمد ومسلم والبخاري والمراد بالبيع الشراء وروى احمد عن ابن عمر انه عليه السلام قال لا يبيع احدكم على بيع اخيه ولا يخطب
على خطبة اخيه الا ان ياذن له وروى انه عليه السلام قال لا يبيع احدكم على بيع اخيه حتى يبتاع او يذر ولان
في ذلك ايحاشا واضرارا به فيكره وانما يكره النجش فيما اذا كان الراغب في السلعة يطلبها بمثل ثمنها واما
اذا طلبها بدون ثمنها فلا باس بان يزيد حتى تبلغ قيمتها وكذا السوم انما يكره اذا جنح قلب البائع الى البيع
بالثمن الذي سماه المشتري واما اذا لم يجنح قلبه ولم يرض به فلا باس لغيره ان يشتريه بازيد لان هذا
بيع من يزيد وقد قال انس انه عليه السلام باع قدحا وحلسا فيمن يزيد رواه احمد والترمذي ولانه بيع الفقراء
والحاجة ماسة اليه وكذا النهي عن الخطبة محمول على ما بعد الاتفاق والتراضي قال وتلقي الجلب اي
كره تلقي المجلوب وصورته ان واحدا من اهل المصر يتلقى الميرة فيشتري منهم ثم يبيعه بما شاء من الثمن

يقال جلب الشيء اذا جاء به من بلد الى بلد وهو يحتمل ان يكون جمع الجالب كالخدم جمع الخادم ويحتمل ان يكون
بمعنى المجلوب والمجلوب اذا قرب من البلد تعلق به حق العامة فيكره ان يستقبله البعض ويشتري منه ويمنع
العامة عن شرائه مسكين

النسائي صح

عن النجش وعن ابي هريرة انه عليه السلام نهى صح

وانما يكره لقول ابن مسعود رضي الله عنه انه عليه السلام نهى عن تلقي البيوع رواه احمد والبخاري ومسلم
وعن ابي هريرة انه عليه السلام نهى ان يتلقى الجلب الحديث رواه احمد ومسلم وغيرهما من ائمة الحديث هذا اذا
كان يضر باهل البلد بان كانوا في قحط وان كان لا يضرهم فلا باس به الا اذا لبس السعر على الواردين قال
وبيع الحاضر للبادي لما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما انه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تلقوا الركبان
ولا يبيع حاضر لباد فقيل لابن عباس ما قوله لا يبيع حاضر لباد قال لا يكون لهم سمسارا رواه البخاري ومسلم
واحمد وغيرهم وعن جابر انه عليه السلام قال لا يبيع حاضر لباد دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض رواه
مسلم واحمد وابو داود وغيرهم وقال انس رضي الله عنه نهينا ان يبيع حاضر لباد وان كان اخاه
لابيه وامه رواه البخاري واحمد ومسلم وقال ابن عمر رضي الله عنهما نهى النبي صلى الله عليه وسلم ان يبيع حاضر
لباد رواه البخاري والنسائي وتفسيره ما ذكرناه عن ابن عباس رضي الله عنهما وفي الهداية هذا اذا كان
اهل البلدة في قحط وعوز وهو يبيع من اهل البدو طمعا في الثمن الغالي لما فيه من الاضرار بهم واما اذا
لم يكن كذلك فلا باس به لانعدام الضرر وفي شرح المختار هو ان يجلب البادي السلعة فياخذها الحاضر
ليبيعها له بعد وقت باغلى من السعر الموجود وقت الجلب قال والبيع عند اذان الجمعة لقوله تعالى وذروا
البيع ولان فيه اخلالا بالواجب على بعض الوجوه وهو السعي بان قعدا للبيع او وقفا له وذكر في النهاية
انهما اذا تبايعا وهما يمشيان فلا باس به وعزاه الى اصول الفقه لابي اليسر وهذا مشكل فان الله تعالى قد نهى
عن البيع مطلقا فمن اطلقه في بعض الوجوه يكون تخصيصا وهو نسخ فلا يجوز بالراي والاذان المعتبر في
تحريم البيع هو الاول اذا وقع بعد الزوال على المختار وقد بيناه في كتاب الصلاة قال لا بيع من يزيد
اي لا يكره بيع من يزيد وقد بيناه قال ولا يفرق بين صغير وذي رحم محرم منه سواء كان الاخر صغيرا
مثله او كبيرا لقوله عليه السلام من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين احبته يوم القيامة رواه احمد
والترمذي وعن علي رضي الله عنه قال امرني النبي صلى الله عليه وسلم ان ابيع غلامين اخوين فبعتهما وفرقت بينهما
فذكرت ذلك له فقال ادركهما فارجعهما ولا تبعهما الا جميعا رواه احمد وفي رواية وهب لي النبي صلى الله عليه وسلم
غلامين اخوين فبعتهما وفرقت بينهما فذكرت ذلك له فقال ادركهما فارجعهما ولا تبعهما الا جميعا رواه
احمد وفي رواية وهب لي النبي صلى الله عليه وسلم غلامين اخوين فبعت احدهما فقال لي ما فعل غلامك فاخبرته
فقال لي رده رده رواه الترمذي وابن ماجة وعن ابي موسى قال لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم من فرق بين الوالد
وولده وبين الاخ واخيه رواه ابن ماجة والدارقطني وعن علي انه فرق بين جارية وولدها فنهاه النبي
صلى الله عليه وسلم عن ذلك ورد البيع رواه ابو داود والدارقطني ولان الصغير يستانس بالصغير والكبير
يتعاهده ويشفق عليه ويقوم بحوائجه باعتبار الشفقة الناشئة من قرب القرابة وفي التفريق بينهما ايحاش
الصغير وترك المرحمة عليه وقال عليه السلام من لم يرحم صغيرنا ولم يوقر كبيرنا فليس منا ولا بد من اجتماعهما
في ملكه حتى لو كان احدهما له والاخر لابنه الصغير له ان يبيع احدهما لان الملك متفرق فلا يتناوله النهي
عن التفريق ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للنكاح حتى لا يدخل فيه قريب غير محرم ولا محرم غير قريب ولو كان
التفريق بحق مستحق عليه لا يكره كدفع احدهما بالجناية وبيعه بالدين ورده بالعيب لان المنع عن التفريق
لدفع الضرر عن الصغير فلو يمكن دفع الضرر عنه على وجه يلحق الضرر بغيره وهو المولى وهذا لانه يتضرر
بالزامه الفداء لولي الجناية والزامه القيمة للغرماء والزامه المعيب من غير اختياره وكذا لا باس بالتفريق
اذا تعذر اخراج احدهما بالتدبير او الاستيلاد او الكتابة لما ذكرنا وله ان يعتق احدهما ولو كان فيه
تفريق لانه انفع له من ابقائه على الرق ولانه ليس بتفريق معنى لان الحر يدور معه حيث دار وكذا له
ان يبيع احدهما ممن حلف بعتقه ان اشتراه او ملكه لما ذكرنا في الاعتاق ولو كان المولى له مسلما وامه كافرة

البلد صح

فالاول كاولاد العم والعمات والثاني كالرضاع والمصاهرة مسكين

من صح

فائدة قولهم هي فسخ تظهر في خمس مسائل اولها ان يجب على البايع رد الثمن ورد ماسواه والثانية ان الاقالة لا تبطلها الشروط ولو كانت بيعا لفسدت بالشروط والثالثة اذا تقايلا ولم يسترد البايع المبيع حتى باعه من المشتري ثانيا جاز البيع فلو كانت بيعا لما جاز لكونه بيعا قبل القبض ولو باعه من غير المشتري لا يجوز لانه بيع جديد فلو كانت بيعا في حق الثالث لا يجوز بيع البايع منه قبل قبض المبيع الجديد في الثالث والرابعة اذا وهب المبيع من المشتري بعد الاقالة جازت الهبة فلو كانت بيعا لو وهبه المشتري من البايع فقبله ينفسخ البيع الاول والخامسة لو كان المبيع مكيلا او موزونا وقد باعه منه بالكيل والوزن ثم تقايلا واسترد المبيع من غير ان يعيد الكيل او الوزن جاز بيعه بعد قبضه ولو كان بيعا لما جاز بيعه بغير اعادة الكيل والوزن وفائدة قولنا انها بيع جديد تظهر في خمس مسائل ايضا احدها اذا كان المبيع عقارا فسلم الشفيع الشفعة ثم تقايلا وعاد المبيع الى ملكه فلم الشفيع فطلب الشفعة يقضى له بالشفعة لكونه بيعا في حق غيرهما وهو الشفيع والثانية اذا باع المشتري المبيع من اخر وقبضه او لم يقبضه ثم تقايلا واطلع على عيب كان عند البايع الاول فاراد ان يرده عليه بالعيب ليس له ذلك لانه بيع في حق ثالث والثالثة اذا اشترى شيئا وقبضه ولم ينقد الثمن حتى باعه من اخر ثم تقايلا وعاد الى المشتري فاشتراه البايع منه باقل من الثمن قبل نقد الثمن فالشراء جائز مكان في حق البايع كالملك بسبب جديد لان تبدل الملك بمنزلة تبدل العين والرابعة لو وهب لرجل شيئا وقبضه ولم يعوضه حتى باعه من اخر ثم تقايلا ليس للواهب ان يرجع في هبته لان البايع في حق الواهب بمنزلة المشتري منه والخامسة اذا اشترى بعروض التجارة عبدا للخدمة بعد ما حال الحول عليها فوجد به عيبا فرده بغير قضاء واسترد العروض فهلكت في يده فانه لا تسقط عنه الزكوة لانه بيع جديد في حق ثالث وهو الفقير فهذا تمام بحث الاقالة وما فيها فعليك بالحفظ مستخلص

بان اسلم ابوه وتبعه فيه وهو لاحمد لكافر يومر ببيع الولد وحده لانه خير له من ابقائه في ذل الكافر وفي النهاية حد الكل اذا كان الثالث مسلما حرا كان او مكاتبا او ماذونا له في التجارة واما اذا كان كافرا فلا يكره التفريق لان ما فيه من الكفر اعظم والكفار غير مخاطبين بالشرايع ولو كان الصغيران مستويان في القرب فان اختلفت جهة قرابتهما لا يفرق ولا يباع واحد منهما دونهما وذلك مثل الاب والام او اخت لاب واخت لام او اخوين بان ادعاه رجلان معا او عمه وخالته لان لكل واحد منهما شفقة ليس للاخر ولهذا بكل واحد منهما استيناس خلاف الاستيناس بالاخر وان اتحدت جهة قرابتهما كالاخوين او الخالتين او العمتين لاب وام او لاب او لام يكتفي باحدهما معه لان حق الصغير مرعي به فيبيعه اي يتركه مع الواحد منهما لانه يستانس به ويقوم بحوايجه وان كان احدهما اقرب من الاخر كما لو كان مع الام او الجدة عمة او خالة او احد الاخوة او الاخوات او كان مع الاخت لاب وام اخت لاب او ام لا يعتد بالابعد لان شفقته مع شفقة الاقرب كالمعدوم وينفذ البيع في الكل لان النهي لغيره وهو ما فيه من ايحاش الصغير والاضرار باهل البلد او بالواردين اذا التي السعر عليهم ونحو ذلك على ما بينا فلا يوجب الفساد وعن ابي يوسف انه يفسد البيع في قرابة الولاد ويجوز في غيره وعنه انه يفسد في الجميع لما روينا انه عليه السلام رد البيع في الولاد وامر بالرد في غيره وهو لا يكون الا في الفاسد ولهما ان ركن البيع صدر من اهله مضافا الى محله فينعقد والنهي لمعنى مجاور له غير متصل به فلا يوجب الفساد كالبيع عند الاذان وكراء ما استامه غيره والمروي محمول على الاقالة او على بيع الاخر ممن باع منه احدهما

قال بخلاف الكبيرين والزوجين حيث يجوز تفريقهما لان النص ورد على خلاف القياس في القرابة المحرمة للنكاح اذا كان صغيرا فلا يلحق به غيره لان الكبيرين او الزوجين وان كانا صغيرين ليسا في معنى المنصوص عليه وذكر سلمة بن الاكوع انهم اصابوا من فزارة سبيا وفيهم امراة معها ابنتها فنفله ابو بكر ابنتها وكان عليهم اميرا فلما قدموا المدينة قال له النبي صلى الله عليه وسلم يا سلمة هب لي المراة فذكر انها اعجبته ولم يكشف لها ثوبا ثم قال هي لك يا رسول الله فبعث بها عليه السلام الى اهل مكة وفي ايديهم اسارى من المسلمين ففداهم بتلك المراة والحديث فيه طول رواه احمد ومسلم وفرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بين مارية وسيرين وكانتا امتين اختين ولو كان مع امراة صبية صبي ادعت انه ابنها لم يثبت نسبه منها لانها تحمل النسب على الغير ولا يفرق بينهما وبينه لان قول الواحدة مقبول في الديانات لا سيما في موضع الاحتياط وقد وجد فيه امارة التصديق ولو باع الام على انه بالخيار ثم اشترى الولد يكره التفريق لانهما اجتمعا في ملكه فيعتبر مفرقا بالتفريق ولو كان في ملكه صبي واشترى امه بشرط الخيار له ان يردها بالاتفاق اما عند ابي حنيفة فلانهما لم يجتمعا في ملكه فلم يكن مفرقا واما عندهما فلانه لو لم يكن له الرد لتضرر به لان الفسخ حقه فلا يمنع منه

باب الاقالة

قيل الاقالة مشتقة من القول والهمزة للسلب اي ازالة القول الاول وهو ما جرى بينهما من البيع كاشكى اذا ازال شكواه ولا يكاد يصح هذا لانهم قالوا قلته البيع بالكسر فدل على ان عينه ياء لا واو ولو كان من القول لقيل قلته بالضم وقد قالوا قاله البيع قيلا وهذا ادل من الاول وهي مشروعة مندوب اليها لقوله عليه السلام من اقال نادما بيعته اقال الله عثرته يوم القيمة قال هي فسخ في حق المتعاقدين بيع في حق ثالث وهذا عند ابي حنيفة الا ان لا يمكن جعلها فسخا بان ولدت المبيعة بعد القبض او هلك المبيع في غير المقايضة فتبطل الاقالة ويبقى البيع على حاله لتعذر الفسخ اذ الزيادة المنفصلة المتولدة من المبيع تمنع الفسخ لما ذكرنا في باب الرد بالعيب ولا يتصور الفسخ بعد هلاك المبيع على ما نبين فتبطل هذا اذا تقايلا بعد القبض وان كانت قبل القبض فهي فسخ في حق الكل في غير العقار لتعذر جعلها بيعا وقال ابو يوسف هي بيع الا ان لا يمكن جعلها بيعا بان كانت قبل القبض في المنقول او كانت بعد هلاك احد العوضين في المقايضة فتجعل فسخا الا ان لا يمكن جعلها بيعا ولا فسخا بان كانت قبل القبض في المنقول باكثر من الثمن الاول او باقل منه او بجنس اخر او بعد

هلاك السلعة في غير المقايضة فتبطل ويبقى البيع الاول على حاله لان بيع المنقول قبل القبض لا يجوز والفسخ يكون بالثمن الاول وقد سميا خلافه وقال محمد هي فسخ الا اذا تعذر جعلها فسخا بان تقايلا باكثر من الثمن الاول او بخلاف جنسه او ولدت المبيعة بعد القبض فيجعل بيعا جديدا الا ان لا يمكن جعله فسخا ولا بيعا بان كانت قبل القبض باكثر من الثمن الاول او بجنس اخر فتبطل ويبقى البيع الاول على حاله لان الفسخ لا يكون على خلاف الثمن الاول والبيع لا يجوز قبل القبض وبالاقل من الثمن الاول يكون فسخا عنده بالثمن الاول لانه سكوت عن بعض الثمن وهو لو سكت عن الكل كان فسخا فكذا اذا سكت عن البعض لمحمد ان اللفظ موضوع للفسخ والرفع يقال اللهم اقلني عثرتي فيعمل بمقتضاه واذا تعذر يحمل على محتمله وهو البيع ولهذا صار بيعا في حق ثالث لعدم ولايتهما عليه ولابي يوسف انها تمليك من الجانبين بعوض مالي بالتراضي وهو البيع والعبرة للمعاني دون الالفاظ الا ترى كالكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة وبالعكس كفالة ولهذا تبطل بهلاك المبيع ويرد بالعيب ويجدد بها حق الشفعة للشفيع وهذه احكام البيع الا اذا تعذر فيجعل فسخا لانها موضوعة له او تحتمله ولابي حنيفة رحمه الله انها تنبئ عن الفسخ والرفع والاصل في الكلام ان يحمل على حقيقته ولا يحتمل ابتداء العقد اصلا ليحمل عليه عند التعذر ولهذا لو اراد به ابتداء العقد لا يصح ولو كان محتملا له لصح وانما لا يصح لانه ضده واللفظ لا يحتمل ضده فصار باطلا وكونه بيعا في حق الثالث امر ضروري لانه يثبت به مثل حكم البيع وهو الملك لا مقتضى الصيغة فيجعل بيعا في حق غيرهما لعدم ولايتهما عليه قال وتصح بمثل الثمن الاول وشرط الاكثر او الاقل بلا تعيب وجنس اخر لغو ولزمه الثمن الاول وهذا عند ابي حنيفة لانه لما كانت الاقالة عنده فسخا والفسخ يرد على عين ما يرد عليه العقد كان اشتراط خلاف الثمن الاول باطلا وشرط لعدم جواز اشتراط الاقل عدم العيب عند المشتري واما اذا تعيب عنده فيجوز بالاقل فيجعل الحط بازاء ما فات بالعيب ولهذا يشترط ان يكون النقصان بقدر حصة ما فات بالعيب ولا يجوز ان ينقص اكثر منه ولا يجوز الا بلفظين يعبر باحدهما عن الماضي والاخر عن المستقبل كالنكاح وعند محمد يشترط ان يعبر بهما عن الماضي ولو كانت الاقالة بلفظ المفاسخة او الرد او المتاركة لا تكون فسخا ثم فائدة كون الاقالة فسخا في حق المتعاقدين تظهر في خمس مسايل احدها انه يجب على البايع رد الثمن الاول وما سميا بخلافه يكون باطلا والثانية ان الاقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة ولو كانت بيعا في حقهما لفسدت والثالثة اذا تقايلا ولم يسترد البايع المبيع حتى باعه منه ثانيا جاز ولو كانت بيعا لفسد لكونه باعه قبل القبض ولو باعه من غير المشتري لم يجز لانه بيع جديد في حق غيرهما والرابعة اذا وهب المبيع من المشتري بعد الاقالة قبل القبض جازت الهبة ولو كانت بيعا لا فسخ لان البيع ينفسخ بهبة المبيع للبايع قبل القبض والخامسة لو كان المبيع مكيلا او موزونا وقد باعه منه بالكيل او الوزن ثم تقايلا ولم يسترد المبيع من غير ان يعيد الكيل او الوزن جاز قبضه وكونه بيعا في حق غيرهما تظهر فايدته في خمس مسائل احدها لو كان المبيع عقارا فسلم الشفيع الشفعة ثم تقايلا يقضى له بالشفعة لكونه بيعا جديدا في حقه كانه اشتراه منه والثانية اذا باع المشتري المبيع من اخر ثم تقايلا ثم اطلع على عيب كان في يد البايع فاراد ان يرده على البايع ليس له ذلك لانه بيع في حقه فكانه اشتراه من المشتري والثالثة اذا اشترى شيئا فقبضه ولم ينقد الثمن حتى باعه من اخر ثم تقايلا وعاد الى المشتري فاشتراه منه قبل نقد ثمنه باقل من الثمن الاول جاز وكان في حق البايع كالمملوك بشراء جديد من المشتري الثاني والرابعة اذا كان المبيع موهوبا فباعه الموهوب له ثم تقايلا ليس للواهب ان يرجع في هبته لان الموهوب له في حق الواهب بمنزلة المشتري من المشتري منه والخامس اذا اشترى بعروض التجارة عبدا للخدمة بعد ما حال عليها الحول فوجد به عيبا فرده بغير قضاء واسترد العروض فهلكت في يده فانه لا تسقط عنه الزكاة لانه بيع جديد في حق الثالث وهو الفقير لان الرد بالعيب بغير قضاء اقالة وقولهم بيع في حق ثالث يجري على اطلاقه وقوله

فسخ في حق المتعاقدين غير جرى على اطلاقه لانه انما يكون فسخا فيما هو من موجبات العقد وانما يجب بشرط زايد فالاقالة فيه تعتبر بيعا جديدا في حق المتعاقدين ايضا كما اذا اشترى بالدين الموجل عينا قبل حلول الاجل ثم تقايلا لا يعود الدين حالا كانه باعه منه وكما اذا تقايلا ثم ادعى رجل ان المبيع ملكه وشهد المشترى بذلك لم تقبل شهادته كانه هو الذي باعه ثم شهد انه لغيره ولو كانت فسخا لقبلت الا ترى ان المشترى لو رد المبيع بعيب بقضاء وادعى المبيع رجل وشهد المشترى بذلك تقبل شهادته لانه بالفسخ عاد ملكه القديم فلم يكن متلقيا من جهة المشترى لكونه فسخا من كل وجه وكذا لو باع عبدا بطعام بغير عينه وقبض ثم تقايلا لا يتعين الطعام المقبوض للرد كانه باعه من البايع بطعام غير معين وكذا لو قبض اردى من الثمن الاول او اجود منه يجب رد مثل المشروط في البيع الاول كانه باعه من البايع بمثل الثمن الاول وقال الفقيه ابو جعفر يجب عليه رد مثل المقبوض لانه لو وجب عليه مثل المشروط للزمه زيادة ضرر بسبب تبرعه ولو كان الفسخ بخيار روية او شرط او بعيب بقضاء يجب رد المقبوض اجماعا لانه فسخ من كل وجه بخلاف الاقالة والرد بالعيب بغير قضاء قال رحمه الله وهلاك المبيع يمنعها اي يمنع صحة الاقالة لان شرط صحة الاقالة قيام العقد لانها رفع العقد والعقد يقوم به وهو محل له فلا يبقى بعد هلاكه بخلاف هلاك الثمن حيث لا يمنع من صحتها لان الثمن ليس بمحل العقد فلا يشترط قيامه وهذا لانه يثبت له حكم الوجود في الذمة بالعقد فكان حكما للعقد وحكم الشيء يعقبه فلا يكون محلا له لان المحل شرط والشرط يسبق فكان بينهما تناف ولهذا يبطل البيع بهلاك المبيع قبل القبض لا بهلاك الثمن قال رحمه الله وهلاك بعضه بقدره اي هلاك بعض المبيع يمنع صحة الاقالة بقدره لان الجزء معتبر بالكل فيتقدر بقدره ولو تقايضا عبدا بجارية فهلك احدهما صحت الاقالة في الباقي منهما لان كل واحد منهما مبيع فكان البيع قايما بخلاف ما لو هلكا جميعا حيث لا يجوز لعدم محله بخلاف ما لو هلك البدلان في الصرف حيث تجوز الاقالة بعد هلاكهما لان المعقود عليه في الصرف ما وجب لكل واحد منهما في ذمة صاحبه وذلك لا يتصور هلاكه والمقبوض غيره فلا يمنع هلاكه صحة الاقالة ولهذا لو كانا قايمين وتقايلا لا يلزمهما رد المقبوض بعينه بل لهما ان يردا مثل المقبوض من جنسه فعلم بذلك انه لا تعلق له بالمقبوض الا ترى انهما لو تقايلا وفيه فهلك البدلان لا تبطل الاقالة فكذا لو تقايلا بعد هلاكهما بخلاف بيع المقايضة لان الاقالة تتعلق باعيانهما كالبيع فتبطل بهلاكهما قبل القبض لتعين البدلين فيهما

باب التولية والمرابحة

وهي ان يجعل غيره وليا فكان المشترى يجعل المشترى منه واليا فيما اشتراه ثم انواع البياعات بحسب الثمن الذي يذكر بمقابلة السلعة انواع اربعة المساومة وهي التي لا يلتفت فيها الى الثمن السابق والمرابحة والتولية والوضيعة وهي البيع بانقص من الثمن الاول قال رحمه الله هي اي التولية بيع بثمن سابق والمرابحة به وبزيادة ثم هذا احسن من قول بعضهم هما نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول مع زيادة ربح او من غير زيادة ربح لانه لا يشترط فيه ان ينقل ما ملكه بالعقد حتى لو ضاع المغصوب عند الغاصب وضمن قيمته ثم وجده جاز له ان يبيعه مرابحة وتولية على ما ضمن وان لم يكن فيه نقل ما ملكه بالعقد والعقدان جايزان لاجتماع شرايط البيع وللتعامل الناس بهما الى يومنا هذا ولان من لا يهتدى الى التجارة يحتاج ان يعتمد على فعل الذكي المهتدى فيها وتطيب نفسه بالزيادة على ما اشتراه ولهذا كان مبناهما على الامانة والاحتراز عن الخيانة وشبهتها ومست الحاجة الى هذا النوع من البياعات فوجب القول بجوازهما ولما اراد عليه السلام الهجرة ابتاع ابو بكر بعيرين فقال له عليه السلام ولني احدهما فقال هو لك بغير شيء فقال اما بغير شيء فلا قال رحمه الله وشرطهما كون الثمن الاول مثليا لانه اذا لم يكن مثليا لم يعرف قدره فلا يتحقق التولية ولا المرابحة فلا يجوز الا اذا باعه بذلك البدل ممن يملكه به وبزيادة ربح معلوم فحينئذ يجوز لانتفاء الجهالة ولو باعه به وبعشر قيمته او ثمنه لا يجوز لانه باعه بذلك وببعض قيمة ذلك البدل وهو مجهول فلا يجوز ولو كان البدل مثليا فباعه به وبعشره ان كان المشترى يعلم جملة الثمن صح وان لم يكن عالما

به فان علم في المجلس جاز وله الخيار والا فسد كما لو باع الثوب برقمه ومن شرطهما ان لا يكون صرفا حتى لو باع دينارا بدينار او درهم لا يجوز فيه المرابحة ولا التولية والمقبوض غير ما وجب بالعقد قال رحمه الله وله ان يضم الى راس المال اجر القصار والصبغ والطراز والفتل وحمل الطعام وسوق الغنم لان العرف جرى بالحاق هذه الاشيا براس المال وهو المعتبر ولهذا لا يعد ذلك خيانة اذا تبين له والاصل فيه ان كل ما يزيد في المبيع او في قيمته يلحق به فهذا هو الاصل وما ذكرنا بهذه الصفة لان الصبغ والفتل والقصارة والطراز يزيد في العين والحمل والسوق يزيد ان في القيمة لانها تختلف باختلاف الاماكن وعلى هذا له ان يضيف اليه اجرة الغسل والخياطة ونفقة تجصيص الدار وطي البير وكرى الانهار والقناة والمسناة وكراب وكسح الكروم وسقيها والزرع وغرس الاشجار فان فعل شيئا من ذلك بيده لا يضمه وذكر في المحيط انه يضم طعام المبيع وكسوته وكراه واجرة السمسار ان كانت مشروطة في العقد والا فاكثرهم على انها لا تضم ولا تضم اجرة الدلال بالاجماع وكذا ما هو سبب لبقائه الى وقت كالطعام وفي الحرير يضم لانه يزداد قيمته من حيث انه يدفع عنه ضرر الحر والبرد قال رحمه الله ويقول قام علي بكذا ولا يقول اشتريته بكذا تحرزا عن الكذب قال رحمه الله ولا يضم اجرة الراعي والتعليم وكراء بيت الحفظ لعدم العرف بالحاقه براس المال ولان الراعي حفظ وهو لا يزيد في العين ولا في القيمة شيئا وثبوت الزيادة في التعليم لمعنى في نفسه وهو ذكاؤه وذهنه ولا يضم حفر البير ويضم اجرة من يذبح الحيوان ويسلخها واتخاذ الخشب ابوابا وثقب اللؤلؤة ولو زوج العبد لا يضم المهر الى راس المال ولا يحط مهر الامة لو زوجها ولا يضم اجرة الطبيب والرايض والبيطار والحجامة وجعل الابق ونفقة نفسه وكراه واجرة الختان والفداء في الجناية لان التجار لا يضمون هذه الاشيا الى راس المال ولانها لا تزيد شيئا في العين ولا في القيمة فلا يجوز الحاقها براس المال والذي يوخذ في الطريق من الظلم لا يضم الا في موضع جرت العادة فيه بينهم بالضم قال رحمه الله فان خان في مرابحة اخذ بكل ثمنه او رده وحط في التولية وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف يحط فيهما وقال محمد يخير فيهما لانهما انما انعقدا باختيارهما بثمن معلوم فينعقد بالمسمى فيه كما لو باعه مساومة وذكر المرابحة والتولية للترويج والترغيب فيجري مجرى الوصف فاذا فات الوصف المرغوب فيه يتخير كما في ساير الاوصاف وكما اذا وجده معيبا ولابي يوسف ان الاصل فيه هو المرابحة والتولية ولهذا ينعقد بقوله وليتك بالثمن الاول او بعتك مرابحة على الثمن الاول اذا كان الثمن والربح معلومين وذكر الثمن جار مجرى التفسير فلا بد من بناء العقد الثاني على الاول في حق الثمن وقدر الخيانة لم يكن ثابتا في العقد الاول فلا يمكن اثباته في العقد الثاني فيحط ضرورة غير انه في التولية يحط قدر الخيانة من الثمن لا غير وفي المرابحة يحط ذلك القدر من راس المال ويحط من الربح ايضا بحسابه لان الربح ينقسم عليهما فما اصاب الخيانة سقط معه وما اصاب غيره ثبت معه ولابي حنيفة في الفرق بينهما ان التولية بناء على العقد الاول من كل وجه فلا بد من تقديره بالثمن الاول ولا يثبت فيه ما لم يكن ثابتا في العقد الاول والمرابحة عقد مبتداء بتراضيهما باختيارهما وليس بمبني على الاول فينعقد بالثمن المسمى فيه ولهذا لا يحتاج في التولية الى ذكر الثمن وفي المرابحة لا بد من ذكر الثمن ليتبين به قدر الربح فينعقد بما سمياه ولانه لو لم يحط في التولية لم يبق تولية لانه يزيد على الثمن الاول فيصير مرابحة فيتغير به التصرف ولو لم يحط في المرابحة يبقى مرابحة على حاله الا ان الربح اكثر مما ظنه المشترى فلم يتغير التصرف فيه فامكن اعتبار التسمية فيه وثبت له الخيار لفوات الرضى ولو هلك المبيع قبل ان يرده او حدث به ما يمنع الرد لزمه جميع الثمن المسمى وسقط خياره عند ابي حنيفة وهو المشهور من قول محمد لانه مجرد خيار فلا يقابله شيء من الثمن كخيار الروية والشرط بخلاف خيار العيب لان المستحق فيه للمشترى الجزء الفايت وعند العجز عن تسليمه يسقط ما يقابله من الثمن وعن محمد ان المشترى يرد قيمة المبيع ويرجع على البايع بما دفعه اليه من الثمن بناء على اصله في اقامة القيمة مقام المبيع في التحالف وعلى قول ابي يوسف يحط

كيف ما كان وكذا عند ابي حنيفة في التولية لانه لم يكن له خيار الرد والاخذ به وانما يلزمه الاخذ
بالثمن الاول ولو وجد المولى بالمبيع عيبا ثم حدث به عنده عيب لا يرجع بنقصان العيب لانه لو رجع ليصير
الثمن الثاني انقص من الاول وقضية التولية ان الثمن مثل الاول قال ومن اشترى ثوبا فباعه بربح ثم اشتراه
فان باعه بربح طرح عنه كل ربح قبله وان احاط بثمنه لم يرابح يعني اذا باعه بربح ثانيا بعد ما اشتراه
ثانيا طرح عنه كل ربح كان قبل ذلك اذا باعه مرابحة وان استغرق الربح الثمن لا يبيعه مرابحة وهذا عند ابي حنيفة
وعندهما يبيعه مرابحة على الثمن الاخير مثاله اذا اشترى ثوبا بعشرين ثم باعه مرابحة بثلاثين ثم اشتراه بعشرين
فانه يبيعه مرابحة على عشرة ويقول قام علي بعشرة ولو اشتراه بعشرين وباعه باربعين مرابحة ثم اشتراه
بعشرين لا يبيعه مرابحة اصلا وعندهما يبيعه مرابحة على العشرين في الفصلين لان الاخير عقد متجدد منقطع
الاحكام عن الاول فيجوز بناء المرابحة عليه كما اذا تخلل ثالث بان باعه المشتري من اجنبي ثم باعه الاجنبي من البايع
ثم اشتراه الاول منه فانه يبيعه مرابحة على الثمن الاخير وله ان شبهة حصول الربح الاول بالعقد الثاني ثابتة
لانه يتاكد به بعد ما كان على شرف الزوال بالظهور على عيب والشبهة كالحقيقة في بيع المرابحة احتياطا ولهذا
لم يجز المرابحة فيما اخذه بالصلح لشبهة الحطيطة فيه وكذا فيما اشتراه من اصوله او فروعه لما له من التوسع
في ماله الحق بملكه فيصير كانه اشترى عشرة وثوبا بعشرين في الفصل الاول فيطرح عشرة لانه بالعقد الثاني تاكد
وامن بطلانه والتاكيد حكم الاصول الا ترى ان شهود الطلاق قبل الدخول اذا رجعوا يضمنون نصف المهر
لتاكيدهم ما كان على شرف السقوط بخلاف ما اذا تخلل ثالث لان التاكيد حصل بغيره ويصير في الفصل الثاني كانه
اشترى ثوبا وعشرين بعشرين درهما فصار العشرون بالعشرين ولم يبق في مقابلة الثوب شيء فلا يبيعه مرابحة
ولا يقال على هذا اوجب ان يفسد البيع لعدم ما يقابل الثوب من الثمن لانا نقول الربح الاول لم يصر مقابلا بالثوب
في العقد الثاني حقيقة وانما اعطي له حكم المقابلة احترازا عن الخيانة فيما بني على الامانة وهو حق العبد ولا
ينهض ذلك لافساد العقد لان المنع في باب المرابحة لحق العبد لا لحق الشرع ولا يلزم ما اذا باع مساومة والمسئلة
بحالها حيث يجوز بالاجماع لانها ليست بمبنية على الامانة قال ولو اشترى ماذون مديون ثوبا بعشرة
وباع من سيده بخمسة عشر يبيعه مرابحة على عشرة وكذا العكس اي وكذا لو اشترى المولى ثوبا بعشرة ثم
باعه من عبده الماذون له في التجارة المستغرق بالدين بخمسة عشر يبيعه العبد مرابحة على عشرة لان العقد
الذي جرى بينهما وان كان صحيحا لافادته ملك العين او التصرف له شبهة العدم لان العبد ملكه وما في يده
لا يخلو عن حقه فاعتبر عدما في حق المرابحة لابتنائها على الامانة فبقي الاعتبار للشراء الاول فصار كان العبد
اشتراه للمولى بعشرة في الفصل الاول وكانه يبيعه للمولى في الفصل الثاني فيعتبر الثمن الاول لا غير لان الزايد
عليه داير بين المولى والعبد فلم يتم خروجه عن ملك من كان له وهذا لان المرابحة بيع امانة لقبول قوله من غير
بينة ولا يمين فينفى عنها كل تهمة وشبهة خيانة والمسامحة بينهما ظاهرة لكل احد فيكون ما زاد على الثمن
الاول باقيا على ملكه فلا يعتبر خارجا اذا لم يبين وان بين انه اشتراه من عبده او من سيده جاز لزوال
التهمة واشتراط الدين على العبد كانه وقع اتفاقا لانه اذا كان لا يجوز مع الدين ان يبيعه مرابحة فمع
عدم الدين اولى لوجود ملك المولى فيه بالاجماع وذكر في المبسوط هذه المسئلة ولم يقيد بدين العبد
والمكاتب في هذا كالعبد الماذون له لوجود التهمة بينهما قال ولو كان مضاربا يبيع مرابحة رب
المال باثني عشر ونصف اي لو كان من يعمل هذا العمل مضاربا بان كان معه عشرة دراهم مضاربة بالنصف
فاشترى ثوبا بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر فانه يبيعه مرابحة باثني عشر ونصف لان الربح وهو
درهمان ونصف سلم لرب المال ولم يخرج عن ملكه فيحط عن الثمن فبقي اثنا عشر ونصف خارجة عن ملكه
عشرة منها دفعها المضارب الى بايعه ودرهمان ونصف نصيب المضارب من الذي دفعه اليه رب المال

بحكم انه الثمن فتم ما خرج منه في تحصيل هذا الثوب اثنا عشر درهما ونصف خارجة عن ملكه فيبيعه مرابحة
عليها وقال زفر لا يجوز هذا البيع من رب المال لانه بيع ماله بماله قلنا يستفيد كل واحد منهما بهذا العقد
ملك اليد والتصرف وان كان لا يستفيد ملك الرقبة فكان صحيحا لافادته ولا يلزم من جواز البيع افادة
ملك الرقبة الا ترى ان المكاتب يجوز تصرفاته ولا يفيد ملك الرقبة وانما يفيد ملك اليد فعلم بذلك
ان البيع يتبع الفايدة لا الملك عينا وقد وجدت الفايدة هنا اما في حق المضارب فظاهر واما في حق رب المال
فانه يملك التصرف فيما اشتراه منه بالشراء ولا يملكه قبله وان كان ملكه لان المضارب تعلق له به حق
ولهذا لا يملك رب المال وطي الجارية التي اشتراها المضارب وان لم يكن له فيها ربح وكذا لا يملك
نهيه عن بيع العروض والكلام فيه لكنه مع هذا فيه شبهة العدم لان المضارب وكيل عنه في البيع الاول
من وجه فاعتبر البيع الثاني عدما في حق نصف الربح قال ويرابح بلا بيان بالتعيب ووطي الثيب
اي اذا تعيب المبيع من غير صنعه او وطئ الثيب يبيعه مرابحة من غير ان يبين لانه لم يحتبس عنده شيء
يقابله الثمن لان الفايت وصف وهو لا يقابله شيء من الثمن بمجرد العقد لكونه تبعا ولهذا لو حدث بالمبيع
عيب قبل القبض لا يسقط شيء من الثمن غير ان المشتري يتخير بين اخذه بجميع الثمن او تركه وكذا منافع البضع
لا يقابلها الثمن اذا لم ينقصها الوطي ومعنى اداء الامانة بالصدق وهو صادق اذا بقي جميع ما يقابله الثمن وعن
ابي يوسف رحمه الله في التعيب انه لا يبيع من غير بيان كما اذا حصل بفعله وهو قول الشافعي وزفر رحمهما الله على اختلاف
تخريجهما فان زفر يوجب البيان باعتبار ان المشتري لو علم انه اشتراه غير معيب لم يرض به بذلك الثمن بعد ما
دخله العيب وقال الشافعي يوجب البيان باعتبار ان الاوصاف لها حصة من الثمن عنده ولا فرق فيها بين ان
يحصل بفعله او بافة سماوية ونحن نقول ما يقابله الثمن كله قايم فلا يبالي بذهاب ما لا يقابله الثمن الا ترى
انه لو توسخ الثوب المشتري لا يجب عليه البيان فصار نظير ما اذا نقص بتغير السعر وفي نوادر هشام ذكر
محمد فقال هذا اذا نقصه العيب شيئا يسيرا وان نقصه قدر ما لا يتغابن الناس فيه لا يجوز بيعه مرابحة قال
وبيان بالتعيب ووطي البكر اي يبيعه مرابحة بشرط ان يبين العيب اذا كان حادثا بالتعيب منه سواء كان
ذلك بفعله او بفعل غيره واخذ ارشه لانه صار مقصودا بالاتلاف فيقابله شيء من الثمن ووطي البكر تعييب
لان العذرة جزء من العين فازالتها تعييب لها فيقابلها الثمن وان تعيب بفعل المبيع في نفسه كما اذا فقأ عين
نفسه فهو بمنزلة ما لو تعيب بافة سماوية فيجوز ان يبيعه مرابحة من غير بيان لان فعله في نفسه هدر فلا يعتبر
ثم اذا علم ان المراد بقولهم يبيعه مرابحة من غير بيان اي من غير بيان انه اشتراه سليما بكذا من الثمن ثم اصابه
العيب عنده بعد ذلك واما بيان نفس العيب فلا بد منه بان يبين العيب والثمن من غير ان يبين انه اشتراه
سليما ثم حدث به العيب عنده لان بيان ما فيه من العيب واجب شرعا لقوله عليه السلام من غشنا فليس منا فلا
يجوز اخفاؤه ثم في كل موضع ليس له ان يبيعه مرابحة الا ببيان فلم يبين فللمشتري ان يرده عليه اذا علم خيانته
وعلى هذا لو اشترى ثوبا فاصابه قرض فار او حرق نار يبيعه مرابحة من غير بيان ولو تكسر بنشره وطيه
لا يبيعه مرابحة حتى يبين لما بينا من المعنى قال ولو اشترى بالف نسيئة وباع بربح مائة ولم يبين خير
المشتري لانه يزاد على الثمن لاجل الاجل فكان له شبه بالمبيع والشبهة في هذا الباب ملحقة بالحقيقة فصار
كانه اشترى شيئين وباع احدهما مرابحة على ثمنهما فيثبت له الخيار عند علمه بمثل هذه الخيانة او نقول
ان الثمن المؤجل انقص في المالية من الحال ولهذا حرم الشرع النساء في الاموال الربوية فيكون ما اخذ
من المشتري ازيد في الحكم فيثبت له الخيار عند علمه بذلك وكذا في التولية اذا علم ان الثمن كان مؤجلا
يثبت له الخيار لان الخيانة في التولية مثلها في المرابحة لانهما مبنيان على الثمن الاول قال فان اتلف فعلم
لزم بالف ومائة اي اذا اتلف المشتري المبيع في هذه الصورة ثم علم ان الثمن كان مؤجلا لزمه بالف ومائة

لان الاجل ليس بمال متقوم فلا يقابله شيء من الثمن وانما فيه توقف فيزداد الثمن لاجله فيثبت له الخيار فيما
اذا كان المبيع قايما نظرا لهذا الجانب لان اقدامه على المرابحة يقتضي السلامة عن مثل هذه الخيانة فاذا اهلك
او استهلكه المشتري لم يبق له الخيار نظرا لجانب عدم المالية في الاجل حقيقة او نقول تعذر الرد بالهلاك
فبطل خياره كسائر الخيارات من خيار الشرط او الرؤية قال رح وكذا التولية اي التولية مثل المرابحة فيما ذكرنا
من الخيار ما دام المبيع قايما وبعد الهلاك او الاستهلاك لا خيار له بل يلزمه جميع الثمن لما ذكرنا وعن ابي يوسف
انه يرد قيمة الهالك ويسترد الثمن كما قال فيما اذا استوفى عشرة زيوفا مكان عشرة جياد وعلم بعد الانفاق
يرد مثل الزيوف ويرجع بالجياد وقال الفقيه ابو جعفر المختار للفتوى ان يقوم المبيع بثمن حال وبثمن مؤجل فيرجع
عليه بفضل ما بينهما التعارف وهذا اذا كان الاجل مشروطا في العقد وان لم يكن مشروطا فيه ولكنه معتاد
متعارف بينهم انه يوخذ منه في كل جمعة قدر معلوم قيل لا بد من بيانه لان المعتاد كالمشروط والجمهور على
انه يبيعه مرابحة بلا بيان لان الثمن حال وان ساهله البايع واستوفى منه الثمن منجما وقد قالوا في المغبون غبنا
فاحشا له ان يرد على بايعه بحكم الغبن وقال ابو علي النسفي فيه روايتان عن اصحابنا ويفتى برواية الرد رفقا بالناس
وكان صدر الاسلام ابو اليسر يفتي بان البايع ان قال للمشتري قيمة متاعي كذا او قال متاعي يساوي كذا فاشترى بناء
على ذلك فظهر خلافه له الرد بحكم انه غره وان لم يقل ذلك فليس له الرد وقال بعضهم لا يرد كيف ما كان والصحيح
انه يفتى بالرد ان غره والا فلا قال رح ومن ولي رجلا شيئا بما قام عليه ولم يعلم المشتري بكم قام عليه فسد لجهالة
الثمن جهالة تفضي الى المنازعة قال رح ولو علم في المجلس خير لان جهالة الثمن فساد في صلب العقد الا انه في مجلس
العقد غير متقرر لان ساعات المجلس كساعة واحدة دفعا للعسر وتحقيقا لليسر فصار التاخير الى اخر المجلس عفوا
كتاخير القبول الى اخر المجلس يرتبط بالايجاب وان تخللت بينهما ساعات فكذا العلم الحاصل في اخر المجلس
كالعلم الحاصل في اوله فيصح على تقدير الابتداء واما بعد الافتراق فاصلاح لا ابتداء لتقرر الفساد بالافتراق
وهذا فساد لا يحتمل الاصلاح ونظيره بيع الشيء برقمه فان البيع فيه فاسد فان اعلمه البايع في المجلس صح
والا فلا وانما تخير لخلل في رضاه ولان الرضى بالشيء لا يتم قبل العلم به **فصل** قال رح ويجوز بيع العقار
قبل قبضه وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رح لا يجوز لقوله عليه السلام اذا اشتريت شيئا فلا
تبعه حتى تقبضه رواه احمد ولانه لا يقدر على تسليمه قبل قبضه فلا يجوز بيعه كالمنقول ولهذا لا يجوز اجارته
قبل القبض ولهما انه لا يتوهم انفساخ العقد فيه بالهلاك وهو مقدور التسليم فصار كالمهر وبدل الخلع
والعتق وبدل الصلح عن دم العمد وهذا لان هلاك العقار نادر ولا يمكن تغييبه ليصير هالكا حكما حتى لو
تصور هلاكه قبل القبض قالوا لا يجوز بيعه وذلك بان كان على شط النهر ونحوه وما رواه معلول بغرر
انفساخ العقد بالهلاك قبل القبض وذلك لا يتصور فيه الا نادرا والنادر لا حكم له فصار كاحتمال غرر
الانفساخ بالاستحقاق بعد القبض فيه وفي المنقول والدليل على انه معلول به ان التصرف في الثمن قبل القبض
جايز لانه لا غرر فيه وكذلك التصرف في المهر ونحوه جايز قبل القبض لما امن منه والفقه فيه ان المطلق للتصرف
هو الملك قد وجد لكن الاحتراز عن الغرر واجب ما امكن وذلك فيما يتصور فيه الغرر والاجارة قبل القبض
قيل على هذا الخلاف فلنا ان نمنع وقيل انه لا يجوز بلا خلاف وهو الصحيح والفرق لهما ان المعقود عليه في
الاجارة المنافع وهلاكها غير نادر ولانها بمنزلة المنقول قال رح ولا يجوز بيع المنقول اي لا يجوز بيع المنقول قبل
القبض لما روينا ولقوله عليه السلام اذا ابتعت طعاما فلا تبعه حتى تستوفيه رواه مسلم واحمد ولان فيه
غرر انفساخ العقد على اعتبار الهلاك قبل القبض لانه اذا هلك المبيع قبل القبض ينفسخ العقد فيتبين انه
باع ما لا يملك والغرر حرام لما روينا وفي المحيط لو باع المنقول قبل القبض ان كان المشتري الاول نقد الثمن
فالبيع الثاني نافذ لانه قادر على التسليم اذ ليس للبايع منع المبيع عنه وان لم ينقد الثمن فالبيع الثاني موقوف

وهو الصحيح كبيع المرهون ولو كاتب العبد المبيع قبل القبض توقفت كتابته وكان للبايع حبسه بالثمن لان
الكتابة محتملة للفسخ فلم تنفذ في حق البايع نظرا له وان نقد الثمن نفذت الكتابة لزوال المانع ولو وهب
المبيع قبل القبض او تصدق به او اقرضه او رهنه من غير البايع لم يجز عند ابي يوسف لانه عقد تمليك بمنزلة
البيع والاجارة ويجوز عند محمد وهو الاصح لان هذه التصرفات لا تجوز الا بعد القبض وغير البايع يصلح نايبا
عن المشتري في القبض فيصير قبض المامور قبضا له بحكم النيابة ثم يصير قابضا لنفسه بالتمليك بخلاف
البيع لانه يفيد الملك قبل القبض وتمليك المبيع قبل قبضه فاسد ولما لا يجوز بيعه قبل القبض لا يجوز اجارته
لو نهاية المنفعة فلا يجوز كبيع العين لتمكن غرر الانفساخ فيها بهلاك العين المستاجرة ولا يجوز بيع الاجرة
لاخر قبل القبض لانه بمنزلة المبيع الا ترى ان العين لو هلكت انتقضت الاجارة ويجوز تزويج الامة المبيعة
قبل القبض لان تمكن الغرر فيه لا يمنع جوازه الا ترى انه لو زوج امته الابقة جاز وان تمكن الغرر فيها
فانها لا تدري احية هي ام ميتة ولو وهب المبيع من البايع قبل قبضه فقبله البايع انتقض البيع ولو باعه
منه لم يصح هذا البيع ولم ينتقض الاول والفرق ان الهبة مجاز عن الاقالة يقال هب لي ذنبي واقلني عثرتي
بخلاف البيع قال رح ولو اشترى مكيلا كيلا حرم بيعه واكله حتى يكيله ومثله الموزون والمعدود اي لو
اشترى المكيل بشرط الكيل او الموزون بشرط الوزن او المعدود بشرط العد لم يجز له ان يتصرف فيه قبل
الكيل والوزن والعد وان كان بعد القبض لقول جابر ان النبي عليه السلام نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان
صاع البايع وصاع المشتري رواه ابن ماجه والدارقطني وعن عثمان انه قال كنت ابتاع التمر من بطن من
اليهود يقال لهم بنو قينقاع وابيعه بربح فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا عثمان اذا ابتعت فاكتل
واذا بعت فكل رواه احمد ولان الكيل والوزن والعد من تمام القبض واصل القبض شرط لجواز التصرف فيه
على ما بينا فكذا تمامه ولانه يحتمل ان يزيد على المشروط وذلك للبايع في المقدرات والتصرف في مال الغير حرام
فيجب التحرز عنه بخلاف ما اذا باعه مجازفة لان الزيادة له اذا وجده اكثر من كيل البايع بان كان كاله قبل البيع
وبخلاف ما اذا باع الثوب مذارعة ولم يبين لكل ذراع ثمنا لان الزيادة له اذ الذرع وصف فيه بخلاف ما اذا
بين لكل ذراع ثمنا لانه بذلك التحق بالقدر في حق ازدياد الثمن على ما بينا فصار المبيع في هذه الحالة هو
الثوب المقدر وذلك يظهر بالذرع وهذا القدر معقود عليه في المقدرات حتى يجب عليه رد الزيادة فيما لا
يضره التبعيض وتلزمه الزيادة من الثمن فيما يضره وينقص من ثمنه عند انتقاصه هذا اذا كان الموزون
غير الدراهم والدنانير واما الدراهم والدنانير فيجوز التصرف فيهما بعد القبض قبل الوزن لان الوزن فيهما
اخذ معنى تعيين المستحق بالعقد وفي غيرهما لم ياخذ كذا في الايضاح وفي المحيط لو كان المكيل والموزون
ثمنا يجوز التصرف فيه قبل الكيل والوزن لان الكيل والوزن من تمام القبض ويجوز التصرف في الثمن قبل القبض
فلان يجوز قبل تمامه اولى فصار كالمهر المكيل فاذا كان كيل المبيع شرطا لجواز التصرف لا يعتبر كيل البايع قبل
البيع وان كان بحضرة المشتري لانه ليس بكيل البايع والمشتري وهو الشرط ولا كيله بعد البيع مع غيبة
المشتري لان الكيل من تمام التسليم لان المبيع به يصير معلوما ولا تسليم الا بحضرته ولو كاله البايع بحضرة
المشتري بعد البيع قيل لا يكتفى به لظاهر الحديث فانه اشترط فيه صاعين والصحيح انه يكتفى به لان
المبيع صار معلوما بكيل واحد وتحقق معنى التسليم والحديث محمول على ما اذا اجتمعت الصفقتان على ما
نبينه في باب السلم ان شاء الله تعالى وجعل في المختصر المعدود كالمكيل والموزون وهو مروي عن ابي حنيفة رح
واختاره الكرخي وعنه انه كالمذروع وهو قول ابي يوسف ومحمد لانه ليس بمقدر الا ترى انه يجوز بيعه
بجنسه متفاضلا كالمذروع ووجه الاول ان المعدود المتقارب يساوي المكيل والموزون فيما تعلق به
الفساد وهو جهالة المبيع لاحتمال الزيادة فان من اشترى جوزا على انه الف فوجده اكثر يرد الزائد وان

وجده انقص سقط عنه الثمن بحصته بخلاف الربوا لانه مبني على المماثلة بدليل موجبها وهذا اظهر ولو
اشترى المكيل او الموزون شراء فاسدا فقبضه ثم باعه بغير كيل او وزن فالبيع الثاني جايز لان الملك في البيع
الفاسد يثبت بالقبض فصار المملوك قدر المقبوض لا قدر المذكور فيه فصار نظير من استقرض طعاما
بكيل ثم باعه مكايلة لا يحتاج الى اعادة الكيل كذا في الايضاح وهذا الاستشهاد يستقيم على قول من شرط
الكيل مرتين في المبيع قال رحمه الله لا المذروع اي لا يحرم التصرف في المبيع المذروع بعد القبض قبل الذرع وان اشترى
بشرط الذرع لان الذرع وصف له وليس بقدر فيكون كله للمشتري بلا زيادة ثمن ولا نقصان وان وجده زايدا
او ناقصا هذا اذا لم يسم لكل ذراع ثمنا وان سمى فلا يحل له التصرف فيه حتى يذرع وقد بيناه من قبل قال رحمه الله
وصح التصرف في الثمن قبل قبضه لان المطلق للتصرف الملك وقد ثبت له فيه الملك والنهي ورد في المبيع لاحتمال
غرر الانفساخ ولا يتصور ذلك في الثمن لانه في الذمة ولا يتعين بالتعيين ولان الثمن ما وجب في الذمة والقبض
لا يرد عليه حقيقة وانما يقبض غيره مثله فيكون مضمونا عليه فيلتقيان قصاصا وهذا التصرف فيه ولا يتصور
خلاف ذلك ولا فرق في ذلك بين ان يكون المقبوض من جنسه او من خلاف جنسه اذ الكل معاوضة وقد روي
عن ابن عمر انه قال كنا نبيع الابل بالبقيع فناخذ مكان الدراهم الدنانير ومكان الدنانير الدراهم فكان يجوزه
رسول الله صلى الله عليه وسلم بخلاف السلم حيث لا يجوز ان ياخذ خلاف جنسه لانه وان كان دينا جعله الشرع
كالمبيع المعين في حق التصرف وكذا ابدال الصرف لما عرف في موضعه والمراد بالتصرف في الثمن تمليكه ممن عليه الدين
بعوض او بغير عوض حتى لا يجوز ان يملكه من غير من عليه الدين قال رحمه الله والزيادة فيه والحط منه والزيادة في
المبيع ويتعلق الاستحقاق بكله اي يجوز للمشتري ان يزيد في الثمن ويجوز للبايع ان يحط من الثمن وان يزيد
في المبيع ويلتحق باصل العقد ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك حتى لا يكون للمشتري ان يطالب بالمبيع حتى
يدفع الزيادة وللبايع ان يحبسه حتى يستوفي الزيادة ويملك المشتري المطالبة بتسليم المبيع كله بتسليم
ما بقي من الحط وقال زفر والشافعي لا يصحان على اعتبار الالتحاق بل على اعتبار ابتداء الصلة لانه لا يمكن
تصحيح الزيادة ثمنا لانه يصير ملكه عوض ملكه لانه ملك المبيع وكذا الحط لان جميع الثمن صار مقابلا بجميع
المبيع ولا يمكن اخراجه فصار برا مبتداء الا ترى ان الزيادة في المهر لا تلتحق باصل العقد حتى لا تتنصف بالطلاق
قبل الدخول ولهذا حط الكل لا يلتحق باصل العقد بل هو بر مبتداء فكذا البعض اعتبارا للجزء بالكل ولنا انهما
بالحط والزيادة يغيران العقد من وصف مشروع الى وصف مشروع وهو كونه خاسرا او رابحا او عدلا ولهما
ولاية ذلك الا ترى ان لهما ان يجعلوه لازما باسقاط الخيار او غير لازم باشتراطه بعد العقد بعد ان
وقع العقد على خلافه وهذا لان لهما ولاية الرفع بالكلية بالتقايل فاولى ان يكون لهما ولاية التغيير
لانه دونه لكونه وصفا له فاذا صح التحق باصل العقد ولزم كلزومه لان وصف الشيء يقوم به لا بنفسه
دل عليه قوله تعالى ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة اي في فريضة بعد الفريضة وهذا النص
على ان حكم الزيادة المفروضة بعد العقد كحكم المفروضة في العقد الا ما قام الدليل عليه وقد قام الدليل
على انه لا يتنصف بالطلاق قبل الدخول الا ما كان مسمى عند العقد ولهذا لو لم يسم في العقد شيئا ثم اتفقا على تسمية
لا يتنصف به وان كان واجبا على اعتبار الالتحاق لا تكون الزيادة عوضا عن ما ملكه ولا المحطوط ثمنا غيره
خارج عن العقد بخلاف حط الكل لانه تبديل الاصل لانه ينقلب هبة او بيعا بلا ثمن فيفسد وقد كان من قصدهما
التجارة بعقد مشروع من كل وجه فالالتحاق فيه يؤدي الى تبديله فلا يلتحق به ثم فايدة الالتحاق تظهر
في التولية والمرابحة حتى يجوز على الكل في الزيادة ويباشر على الباقي في الحط وتظهر في الشفعة ايضا حتى
ياخذ بما بقي بعد الحط وانما لا تلزمه الزيادة لان فيه ابطال حقه الثابت بالبيع الاول وهو لا يملكه الا
الا ترى انه ينقض جميع تصرفات المشتري حتى الفسخ وتظهر ايضا فيما اذا استحق المبيع حتى يرجع المشتري على

اي تصرف البايع في ثمن المبيع ممكن

عيني

لان الزيادة حال بقاء العقد يقابلها عوض وانما يقابلها بعد الالتحاق باصل العقد

صواب باسقاط ... تامل

البايع

البايع بالزيادة ولو اجاز المستحق البيع كان له ان يطالب بالزيادة وتظهر ايضا في حق الفساد في الصرف حتى
لو باع الدراهم بالدراهم متساوية ثم زاد احدهما او حط ورد المحطوط وقبل الاخر وقبض المزيد في الزيادة
او المردود في الحط فسد العقد كانهما عقداه كذلك من الابتداء وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف لا تلحق الزيادة
ولا تصير هبة مبتداة وكذلك الحط لا يصح ولا يصير هبة مبتداة حتى يجب عليه ان يرد المحطوط وقال محمد
في الزيادة مثل قول ابي يوسف وفي الحط يكون هبة مبتداة وتظهر ايضا فيما اذا زاد على المبيع حتى يصير له حصة
من الثمن الحال حتى لو هلكت الزيادة قبل القبض تسقط حصتها من الثمن بخلاف الزيادة المتولدة من المبيع حيث لا
يسقط شيء من الثمن بهلاكها قبل القبض والفرق ان الزيادة المشروطة صارت تبعا للاصل في حق الثبوت ضرورة
الصحة فاذا صحت زالت الضرورة فزالت التبعية وبقيت الاصالة في حق الالتحاق باصل العقد لانها كانت موجودة
وقت العقد فامكن تقدير ورود العقد عليها فصار كان العقد ورد على الاصل وعلى الزيادة جميعا واما الزيادة
المتولدة فمعدومة وقت العقد فلم يمكن تقدير ورود العقد عليها فلا يمكن الحاقها باصل العقد فصارت
مملوكة بملك الاصل لا بالعقد فاذا اقبضها صارت اصلا بالقبض لان القبض شبيها بالعقد فيصير لها حصة من
الثمن حتى لو وجد باحدهما عيبا رده بحصته من الثمن يقسم الثمن على قيمة الاصل يوم العقد وعلى قيمة الزيادة
يوم القبض وتظهر ايضا فيما اذا زوج امته ثم اعتقها ثم زاد الزوج على مهرها بعد العتق تكون الزيادة للمولى
ثم الزيادة لا تصح بعد هلاك المبيع على ظاهر الرواية لان المبيع لم يبق على حال يصح الاعتياض عنه والشيء يثبت
ثم يستند بخلاف الحط لانه اسقاط محض فلا يشترط لصحته قيام العقد وقال في المحيط وفي رواية النوادر
تجوز الزيادة بعد الهلاك بمنزلة الحط لان الزيادة حال بقائها لم يقابلها عوض وانما يقابلها بعد الحاقها
باصل العقد فيعتبر قيام المبيع حالة الالتحاق لا حالة الثبوت وذكر محمد في المنتقى لو اشترى جارية فماتت بعد ما
قبضها فزاد البايع جارية اخرى جاز لان هذه الزيادة مقابلة بالثمن والثمن قايم حتى لو زاد المشتري في الثمن لم يجز
لان الزيادة في جانبه تثبت مقابلة بالمبيع والمبيع هالك وهلاك المبيع يمنع الزيادة في الثمن والهلاك الحكمي
ملحق بالهلاك الحقيقي وذلك بان باع المبيع ثم اشتراه ثم زاد في الثمن لا يجوز لانه بتبدل سبب الملك ارتفع
العقد الاول وصار المعقود عليه هالكا حكما ولو اعتق المبيع او كاتبه او دبره او استولد الامة او طحن العصير
او اخرجه عن ملكه ثم زاد عليه جاز عند ابي حنيفة خلافا لهما وعلى هذا الخلاف في الزيادة على مهر المراة بعد موتها
وانما يلتحق الحط باصل العقد اذا لم يكن المحطوط تبعا ووصفا اما اذا كان تبعا فلا يلتحق باصل العقد حتى لو اشترى
دارا بالف جياد فنقد زيوفا او نبهرجة ورضي البايع بذلك فان الشفيع لا ياخذه الا بالجياد وكذا لو اشترى
دارا بعبد فاعوره ورضي به البايع فان الشفيع ياخذ الدار بقيمة العبد صحيحا ولا تجوز الزيادة في المسلم فيه
لانه معدوم حقيقة وانما جعل موجودا في الذمة لحاجة المسلم اليه والزيادة في المسلم فيه لا تدفع حاجته بل
تزيد في حاجته فلا تجوز وكذا لا تجوز الزيادة في المنكوحة لان الشرع ما ورد بتملك الزيادة المتولدة من المملوكة
بالنكاح تبعا للمنكوحة قال رحمه الله وتاجيل كل دين غير القرض اي يجوز تاجيل كل دين غير القرض لان المطالبة حقه
فله ان يؤخره الا ترى انه يملك اسقاطها بالابراء فاولى ان يملك اسقاطها موقتا بالتاجيل ولو اجله الى اجل
مجهول ينظر فان كانت الجهالة فاحشة كهبوب الريح لا يصح وان كانت يسيرة كالتاجيل الى الحصاد جاز
كما في الكفالة وقد ذكرناه من قبل وفي دين القرض لا يجوز التاجيل خلافا لمالك هو يقول انه حقه فيجوز تاخير
المطالبة فيه كما في ساير الديون ولنا ان القرض اعارة وصلة ابتداء ولهذا يصح بلفظ الاعارة ولا يملكه
من لا يملك التبرع كالصبي والولي والمكاتب والعبد المادون له في التجارة ومعاوضة انتهاء حتى يلزمه رد مثله
فعلى اعتبار الابتداء لا يلزم التاجيل فيه كما في الاعارة فان المعير اذا وقت له ان يرجع فيه قبل الوقت وعلى اعتبار
الانتهاء لا يجوز التاجيل لان الجنس بانفراده يحرم النساء لا سيما اذا كملت العلة وحرم التفاضل بها ولان الاجل

لو لزم فيه لصار التبرع ملزماً على المتبرع وهو لا يجوز لقوله تعالى ما على المحسنين من سبيل بخلاف ما اذا اوصى ان
يقرض فلان من ماله الف درهم الى سنة حيث يجوز من الثلث ويلزم ولا يطالب حتى تمضي المدة لانه وصية بالتبرع
والوصية يتسامح فيها ما لا يتسامح في غيرها نظرا للموصي الا ترى انه يجوز بالخدمة والسكنى ويلزم

باب الربوا قال هو فضل مال بلا عوض في معاوضة مال بمال هذا في الشرع وفي اللغة مطلق الزيادة
قال الله تعالى وما اتيتم من ربوا الى قوله فلا يربوا عند الله وسمي المكان المرتفع ربوة لزيادته على ساير الاماكن
ارتفاعا والربوا محرم بالكتاب والسنة واجماع الامة اما الكتاب فقوله تعالى احل الله البيع وحرم الربوا واما السنة
فما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم لعن آكل الربوا وموكله وشاهديه وكاتبه رواه ابو داود
والترمذي واحمد وصححه وقال عليه السلام الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر
والملح بالملح مثلا بمثل يدا بيد فمن زاد او استزاد فقد اربى الآخذ والمعطي فيه سواء رواه البخاري واحمد وعن عبد الله
بن حنظلة غسيل الملائكة انه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم درهم ربوا يأكله الرجل وهو يعلم اشد من ستة
وثلاثين زنية رواه احمد واجمعت الامة على تحريمه حتى يكفر جاحده **قال** وعلته القدر والجنس يعني بالقدر
الكيل في المكيل والوزن في الموزون وعند الشافعي العلة الطعم بانفراده في المطعومات والثمنية بانفرادها في
الاثمان والجنس شرط عنده لحديث معمر بن عبد الله قال كنت اسمع النبي صلى الله عليه وسلم يقول الطعام بالطعام مثلا
بمثل وكان طعامنا يومئذ الشعير رواه مسلم واحمد وجه الاستدلال به ان الطعام مشتق من الطعم فذكره يدل
على انه علة اذ ترتب الحكم على الاسم المشتق دليل على ان ماخذ الاشتقاق علة له كما في قوله تعالى والسارق والسارقة
فاقطعوا ايديهما وكما في قوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة فعلة القطع والجلد السرقة
والزنا ولان قوله عليه السلام فيما رواه البخاري ومسلم لا تبيعوا الذهب بالذهب الا مثلا بمثل الحديث يدل على تضييق
تحصيله لان الابتدا بالنفي مشعر بان حرمة البيع اصل فيه والجواز بعارض وهو التقابض والمساواة مخلص اذ لو
اقتصر على قوله لا تبيعوا لما جاز بيعه وتعليق جوازه بشرطين يدل على عزته وخطره كملك البضع ضيق تحصيله
باشتراط الشهود والمهر لعزته وخطره فيعلل بعلة تناسب العزة وهي الطعم في المطعومات لبقاء الانفس به
والثمنية في الاثمان لبقاء الاموال التي هي بقاء مصالحها بها ولا اثر للجنسية والقدر في زيادة العزة والخطر
لوجودهما في خطير وحقير لكن الحكم لا يثبت الا عند اتحاد الجنس فجعلناه شرطا والحكم يدور مع الشرط كالرجم
مع الاحصان والفرق بين الشرط والعلة ان العلة موثرة في الحكم دون الشرط فانه يضاف وجوده الى العلة
عند وجود الشرط لا الى الشرط وقال مالك العلة الاقتيات والادخار لانه عليه السلام خص بالذكر فيما روينا كل
مقتات ومدخر ولان العزة والخطرية اكمل فكان انسب واولى بالاعتبار ولنا ما روي عن عبادة وانس ان
النبي صلى الله عليه وسلم قال ما وزن فمثل بمثل اذا كان نوعا واحدا وما كيل فمثل ذلك فاذا اختلف النوعان فلا باس به
رواه الدارقطني وجه التمسك به انه عليه السلام رتب الحكم على الجنس والقدر وهذا نص على انهما علة الحكم
لما عرف ان ترتيب الحكم على الاسم المشتق ينبئ عن علية ماخذ الاشتقاق لذلك الحكم فيكون تقديره المكيل
والموزون مثل بمثل بسبب الكيل او الوزن مع الجنس والذي يدل عليه حديث ابي سعيد وابي هريرة فيما رواه
البخاري ان رسول الله صلى الله عليه وسلم استعمل رجلا على خيبر فجاءهم بتمر جنيب فقال اكل تمر خيبر هكذا فقال انا
ناخذ الصاع من هذا بالصاعين والصاعين بالثلاثة فقال لا تفعل بع الجميع بالدراهم ثم ابتع بالدراهم جنيبا
وقال في الميزان مثل ذلك اي في الموزون اذ نفس الميزان ليس من اموال الربوا وهو اقوى حجة في علية القدر وهو
بعمومه يتناول الموزون كله الثمن والمطعوم وغيرهما فيكون حجة عليهما في منعهما ذلك وكذا في حديث
ابن عمر رضي الله عنهما انه عليه السلام قال لا تبيعوا الدرهم بالدرهمين ولا الصاع بالصاعين المراد به ما يحل الصاع اذ لا يجري
الربوا في نفس الصاع وهو عام فيما يحله فيتناول المطعوم وغيره فيكون حجة عليهما ولا يقال انه مجاز لا عموم له

ان ما لا يرد ان يحق

لكونه ضروريا لانا نقول لا عموم للحقيقة وهذا لان الحقيقة انما تعم لامر زايد عليها لا لكونها حقيقة والمجاز
يشاركها في هذا المعنى فيعم ولان المقصود التماثل اذ البيع ينبئ عن التقابل وذلك بالتماثل فاعتبره الشارع فاوجب
صيانة لاموالهم عن التوى وتتميما للفايدة بالتسلم من الجانبين فيكون الزايد عليه قدرا زايدا على صاحبه بلا عوض
وكذا الحال حين من الموجل فيفوت به التسوية وفايدة المقابلة لفوات القدرة على التصرف في الموجل وهو المراد بقوله
عليه السلام مثلا بمثل معناه بحيث يلزم الحرمة وهو المراد بقوله عليه السلام والفضل ربوا فيعلل بعلة توثر في ايجاب
التماثل فتعين القدر والجنس لذلك لانهما يوجبانه اذ التماثل بين شيئين يكون باعتبار الصورة والمعنى
لان كل محدث موجود باعتبارهما فالمعيار يسوي الذات والجنسية تسوي المعنى لاستوائهما في المقصد الا ترى
ان كيلا من بر يساوي كيلا من ارزا وشعير في الصورة ولا معتبر به لعدم ما قلنا ولا معتبر بالتفاوت في الوصف
لونه لا يعد تفاوتا في العادة ولانه قل ما يوجد فيه غير متفاوت فاشتراط التساوي فيه يودي الى سد باب
البياعات وهو مفتوح والطعم والاقتيات والثمنية والادخار من اعظم وجوه المنافع والحاجة اليها من اشد
الحاجات واهمها فسنة الله تعالى في مثله التوسعة والاطلاق دون التضييق الا ترى ان الميتة ابيحها عند المخمصة
الحاجة وكذا اجاز الانتفاع بالغنيمة قبل القسمة في دار الحرب لمظنة الحاجة عادة بخلاف ساير الاموال المتروكة
ولما كانت حاجة الحيوان الى الهواء والماء والتراب والنفس اشد جعله الله اوسع من غيرها وكلما اشتدت الحاجة
اليه كانت التوسعة فيه اكثر فتعليله بما يوجب التوسعة على التضييق من فساد الوضع لان معنى فساد الوضع
ان يفسد وضع ذلك الحكم على ذلك الدليل لكونه يقتضي خلاف ذلك الحكم فيضاده ولا نسلم ان حرمة البيع اصل
بل الاصل هو الحل والحرمة اذا ثبتت انما تثبت بالدليل الموجب لها وهذا لان الاموال خلقت للابتذال فيكون باب
تحصيلها مفتوحا فيجوز ما لم يقم الدليل على سعته بخلاف النكاح لان الملك فيه يرد على البضع وهو محترم فيناسب
التضييق اعزازا له لشرف الادمي فيعلل بذلك ان قوله والمساواة مخلص باطل والتي كان مخلصا فهو مخلص في حالة
التساوي وعلة الحرمة في حالة التفاضل والشيء الواحد يتضمن حكمين متضادين في محلين مختلفين كالنكاح يثبت
الحل في المنكوحة والحرمة في امهاتها فالقدر والجنس يوجبان الحرمة عند التفاضل والحل عند التساوي وهو
المراد بقولنا هو علة الربوا والقاطع للشغب انه عليه السلام شرط التماثل بقوله مثلا بمثل والتماثل يكون بالوزن
او الكيل لا غير فعلم بذلك ان ما لا يكال ولا يوزن لا يكون من الاموال الربوية وان الاموال الربوية هي التي تكون
من ذوات الامثال وما لا يكون من ذوات الامثال ليس من الاموال الربوية اذ الحكم لا يثبت بدون محله ولهذا
قالوا لا يجري الربوا فيما لا يدخل تحت المعيار كالحفنة من الحنطة والشعير وكالذرة من الذهب والفضة
لعدم ما قلنا **قال** فحرم الفضل والنساء وحل التفاضل بوجود احدهما اما القدر دون الجنس كالحنطة والشعير
او الجنس دون القدر كالهروي بالهروي لقوله عليه السلام الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير
بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل سواء بسواء فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم اذا كان
يدا بيد رواه مسلم واحمد وغيرهما من ايمة الحديث ولان اجتماعهما حقيقة العلة فيكون لاحدهما شبهة
العلة فيحرم بحقيقة العلة حقيقة الفضل وهو القدر لانه تفاضل حقيقة ويحرم بشبهة العلة شبهة
الفضل وهو النساء لانه يشبه الفضل وليس بتفاضل حقيقة اعمالا للدليل بقدره ولا يقال احدهما جزء العلة
وبه لا يثبت الحكم ولا شيء منه فكيف يثبت باحدهما حرمة النساء لانا نقول احدهما علة تامة لهذا الحكم
وهو حرمة النساء وان كان بعض العلة في حق ربوا الفضل حقيقة ولا يلزم المحظور ويشترطان يجمعهما
الوزن من كل وجه وان لم يجمعهما جاز النساء ايضا كالنقدين مع القطن ونحوه لان صفة الوزن فيهما مختلف
اذ النقدان يوزنان بالصنجات ولا يتعينان بالتعيين ويجوز التصرف فيهما قبل القبض وبعده قبل الوزن
بخلاف غيرهما من الموزونات فكانا مختلفين صورة ومعنى وحكما فلا يحرم النساء والذي يدل عليه انه عليه السلام

البايعة

من شرط المعيار والجنسية ولم يوجدا
والغادجر المعيار فقط ولا معتبر بها

اي التساوي في فساد الوضع

الربوية بكر الواو

بهما اي بالجنس والقدر لما بينا انهما
علة الربوا قال رحمه الله والنساء
فقط باحدهما اي [illegible] حرم النساء
واجيز في النسية
من تمام الحديث

قال من اسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الحديث اجاز السلم بالوزن مطلقا مع ان الدراهم هو الغالب في
راس المال ولو لم يجز لكان ردا له بالرأي وهو لا يجوز قال رح وحلا بعد مهما اي حل التفاضل والنساء بعدم
الجنس والقدر لعدم العلة الموجبة للحرمة اذ الاصل الجواز على ما بيناه الحرمة بعارض فيجوز ما لم يثبت فيه دليل
الحرمة الا ترى ان الله تعالى اباح البيع بقوله واحل الله البيع فيجري على اطلاقه ما لم يوجد فيه دليل الحرمة
على ما بينا من قبل قال رح وصح بيع المكيل كالبر والشعير والتمر والملح والموزون كالنقدين وما ينسب الى
الرطل بجنسه متساويا لا متفاضلا اما بيع المكيل والموزون غير المنسوب الى الرطل فقد ذكرناه وبينا احكامه
واما ما ينسب الى الرطل منه فالمراد به كل شيء وقع عليه كيل الرطل فانه يعتبر موزونا لانه مقدر بطريق
الوزن وذلك مثل الادهان فانه موزون غير انه لما لم يستمسك الا في وعاء فيتعلق عليه موزونه وحده بالامناء
والصنجات في كل وقت بالوعاء فقدر الوعاء بالارطال والامناء فاكتفي به دفعا للحرج فبقي موزونا على حاله
ثم قال في الهداية واذا كان موزونا فلو بيع بمكيال لا يعرف وزنه بمكيال مثله لا يجوز لتوهم الفضل في الوزن بمنزلة
المجازفة معناه انه اذا باع ما يباع بالاواقي بكيل غير الاواقي سواء بسواء لم يجز لانه باع الموزون بجنسه بكيل
لم يقدر بالاواقي فيكون مجازفة فيبطل الجواز التفاضل بالوزن وهذا مشكل لان الشيئين اذا استويا في كيل يجب
ان يستويا في كيل اخر ايضا ولا تاثير لكون الكيل معلوما او مجهولا في ذلك اذ لا يختلف فعله فيهما وفي النهاية
قال الاسبيجابي فايدة هذا انه لو باع ما ينسب الى الرطل بجنسه متفاضلا في الكيل متساويا في الوزن يجوز وهذا
حسن وهو قياس الموزونات فانه لا يعتبر فيه الا الوزن غير انه يؤدي الى انه لا يجوز بالاواقي ايضا اذ لا فرق
بين كيل وكيل على ما بينا ولا بد فيه هذا الاشكال الا اذا منع الجواز في الكل قال رح وجيده كرديه يعني جيد مال
الربوا ورديه سواء حتى لا يجوز بيع احدهما بالاخر متفاضلا لنهيه عليه السلام عن ذلك فيما روينا من حديث ابي سعيد
وابي هريرة حين قال له الرجل انا ناخذ الصاع من هذا بالصاعين والصاعين بالثلاثة بقوله لا تفعل بع الجميع
بالدراهم الحديث ولان تفاوت الوصف لا يعد تفاوتا عادة ولو اعتبر لانسد باب البياعات على ما بينا قال رح
ويعتبر التعيين دون التقابض في غير الصرف وقال الشافعي يعتبر التقابض قبل الافتراق في بيع الطعام بالطعام
كالنقد بالنقد لما روينا من حديث عبادة بن الصامت فانه شرط فيه ان يكون يدا بيد ولحديث عمر بن الخطاب
رضي الله عنه انه عليه السلام قال الذهب بالذهب ربوا الا هاء وهاء والورق بالورق ربوا الا هاء وهاء والشعير بالشعير
ربوا الا هاء وهاء والتمر بالتمر ربوا الا هاء وهاء رواه البخاري ومسلم واحمد ومعناه ان هذه البياعات لا تجوز الا
اذا قال كل واحد منهما لصاحبه ها اي خذ والمراد به وبقوله يدا بيد في الحديث الاول القبض ولهذا يشترط
القبض في الذهب والفضة بالاجماع وان كان مما يتعين بالاشارة كالمصنوع منهما ولان قوله عليه السلام يدا بيد
لفظ واحد لا يجوز ان يراد به القبض في حق النقدين والتعيين في حق غيرهما لانه اما حقيقة فيهما او حقيقة في احدهما
ومجاز في الاخر وايهما كان فلا يجوز الجمع بينهما لما عرف ان المشترك لا عموم له وان الجمع بين الحقيقة والمجاز
لا يجوز ولانه يؤدي الى تعاقب القبض بان يقبض احدهما دون الاخر فاشبه التاجيل وهذا لان للمقبوض
مزية على غيره فيفوت به التساوي وهو الشرط ولنا انه مبيع متعين فلا يشترط فيه القبض كالثوب ونحوه
اذا بيع بجنسه او بخلاف جنسه لحصول مقصوده وهو التمكن من التصرف بخلاف الصرف لانه لا يتعين الا بالقبض
فيشترط فيه ليتعين وتعاقب القبض لا يعد تفاوتا في المتعين بخلاف الحال والمؤجل والمراد بما روي التعيين
غير ان ما يتعين به مختلف فالنقدان يتعينان بالقبض وغيرهما بالتعيين فلا يلزم الجمع بين معنى المشترك ولا
بين الحقيقة والمجاز وانما شرط القبض في المصنوع من الذهب والفضة باعتبار اصل خلقته وهو الثمنية لان الثمن
لا يتعين بالتعيين فيشترط قبضه ولا يسقط اشتراط القبض بالصنعة لبقاء شبهة عدم التعيين باعتبار الاصل
اذ الشبهة في الحرمات ملحقة بالحقيقة قال رح وصح بيع الحفنة بالحفنتين والتفاحة بالتفاحتين والبيضة

اي صح بيع بعض المكيلات المجانسة والموزونة المجانسة ببعضها متساويا لا متفاضلا ولا مجازفة اما الجواز في صورة التساوي فلاطلاق قوله تعالى واحل الله البيع وحرم الربوا ولقوله عليه السلام مثلا بمثل واما عدم الجواز في صورة التفاضل فلحقيقة الربوا لوجود الجنس والقدر وفي المجازفة شبهة الربوا والشبهة ملحقة بالحقيقة في هذا الباب
مستخلص

٧

بالبيضتين والجوزة بالجوزتين والتمرة بالتمرتين لان هذه الاشياء ليست بكيلي ولا موزون فلم تدخل تحت المعيار
فانعدمت العلة بانعدام احد شطريها وهو القدر ولهذا النص بالقيمة عند الاتلاف عندنا وما دون نصف
صاع بمنزلة الحفنة لانه لا تقدير فيه في الشرع بما دونه فلم يكن من ذوات الامثال حتى اذا باع ما دون نصف
الصاع بما دون نصف الصاع وان باع ما دون نصف الصاع بنصف صاع او اكثر لم يجز لانعدام المثل لوجود المعيار
من احد الجانبين فتحققت الشبهة وعلى هذا لو باع ما لا يدخل تحت الوزن كالذرة من ذهب او فضة بما لا
يدخل تحته جاز لعدم التقدير شرعا اذ لا يدخل تحت الوزن وعند الشافعي لا يجوز جميع ذلك لان العلة عنده
الطعم او الثمنية وقد وجدت قال رح والفلس بالفلسين باعيانهما اي البدلان باعيانهما بان كان الفلس
معينا او الفلسان معينين وهذا عندهما وقال محمد لا يجوز لان الفلوس الرائجة اثمان والثمن لا يتعين بالتعيين
ولهذا اذا قابل الفلوس بخلاف جنسها لا تتعين كالدراهم والدنانير حتى كان له ان يعطي غيرها ولا يفسد البيع
بهلاكها وهذا لان ثمنيتها تثبت باصطلاح الكل فلا يبطل باصطلاحهما كالدراهم والدنانير واذا لم يتعين يؤدي
الى الربوا او الى احتماله بان ياخذ بايع الفلس الفلسين اولا فيرد احدهما قضاء بدينه وياخذ الاخر بغير عوض
او ياخذ بايع الفلسين الفلس اولا ثم يضم اليه فلسا اخر فيردهما عليه فيرجع اليه فلسه مع فلس اخر بغير عوض
يقابله وصار كما لو كانا بغير اعيانهما او احدهما بعينه والاخر بغير عينه ولهما ان الفلوس ليست
باثمان خلقة وانما كانت ثمنا بالاصطلاح وقد اصطلحا بابطال الثمنية فتبطل وان كانت ثمنا عند غيرهما من الناس
لبقاء اصطلاحهم على ثمنيتها وهذا لانه لا ولاية للغير عليهما ولا يلزمهما اصطلاحهم بخلاف الدراهم والدنانير
لان ثمنيتهما باصل الخلقة فلا تبطل بالاصطلاح فاذا بطلت الثمنية تتعين بالتعيين فلا يؤدي الى الربوا بخلاف
ما اذا كانا بغير اعيانهما او احدهما بغير عينه لانه يؤدي الى الربوا على ما بينا فان قيل اذا بطلت الثمنية وجب
ان لا يجوز بيع بعضها ببعض متفاضلا لان النحاس موزون وانما صار معدودا بالاصطلاح على الثمنية فاذا بطلت
الثمنية عاد الى اصله موزونا فلا يجوز بيعه بجنسه متفاضلا قلنا لا يعود موزونا لان اصطلاحهما على العد
باق ولا يلزم من بطلان الثمنية بطلان العد وكم من شيء معدود ولا يكون ثمنا الا ترى ان الاواني من النحاس
ونحوه غير الذهب والفضة يجوز بيع بعضها ببعض متفاضلا اذا كانت في اصطلاحهم معدودة وهذا لما
عرف ان المعتبر في كونه موزونا او مكيلا في غير المنصوص عليه العرف بخلاف المنصوص عليه كالاشياء الستة
لان العلة المستنبطة لا تعتبر في محل النص لاستغنائها بالنص ولهذا اذا كانت العلة المستنبطة قاصرة
لا تعتبر اصلا بخلاف المنصوص عليها فاذا لم يبطل اصطلاحهما على العد لم يعد وزنيا فجاز بيعه متفاضلا
ولا يقال اذا كسدت الفلوس باتفاق الكل لا تكون ثمنا باصطلاح المتعاقدين حتى لا يجري فيها احكام الاثمان
في حقهما فكذا لا تكون عروضا ايضا باصطلاحهما لانا نقول الاصل فيها ان تكون عروضا فاصطلاحهما
على الثمنية بعد الكساد مخالف للاصل ولراي الجماعة فلا يصح بخلاف اصطلاحهما على جعلها عروضا لانه
موافق للاصل فيصح وان كان فيه خلاف راي الكل قال رح واللحم بالحيوان وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد لا يجوز بيعه بالحيوان من جنسه الا اذا كان اللحم المفرز اكثر مما في الحيوان ليكون قدره بمقابلة اللحم
والزايد بالسقط لنهيه عليه السلام عن بيع اللحم بالحيوان رواه في الموطا ولانهما جنس واحد ولهذا لا يجوز
بيع احدهما بالاخر نسيئة فكذا متفاضلا كالزيت بالزيتون ولهما انه بيع المعدود بالموزون فيجوز
متفاضلا لاختلافهما جنسا وهذا لان الحيوان ليست فيه مالية اللحم اذ هي معلقة بفعل شرعي وهو الذكاة
الا يرى انه لا ينتفع به انتفاع اللحم فصار جنسا اخر غير اللحم ولهذا قال الله تعالى فكسونا العظام لحما ثم انشاناه
خلقا اي بنفخ الروح فاذا كان جنسا اخر جاز بيع احدهما بالاخر متفاضلا بخلاف الزيت مع الزيتون لانهما جنس
واحد اذ الزيت موجود فيه في الحال وانما هو مستتر وانما لا يجوز بيع احدهما بالاخر نسيئة لان المتاخر منهما

لا يمكن ضبطه على ما عرف في باب السلم لانهما جنس واحد الا ترى انه لا يجوز ذلك اذا بيع بغيره من خلو في الجنس
ايضا ولو كان المذبوح غير مسلوخ وجب ان يجوز عنده ايضا على وجه الاعتبار بان يجعل لحم كل واحد منهما
بجلد الاخر كما قالوا في شاتين مذبوحتين غير مسلوختين بيعت احداهما بالاخرى **قال** والكرباس بالقطن
وكذا بالغزل كيف ما كان لاختلافهما جنسا لان الثوب لا ينقض فيعود غزلا او قطنا وكذا القطن والغزل موزون
والثوب ليس بموزون ولو باع القطن بغزله قال محمد جاز كيف ما كان لاختلاف الجنس بينهما لان الغزل لا ينقض
فيعود قطنا وقال ابو يوسف لا يجوز الا متساويا لان غزل القطن قطن لان القطن غزل دقاق وقول محمد اظهر
ولو باع المحلوج بغير المحلوج جاز اذا علم ان الخالص اكثر مما في الاخر وان كان لا يدرى لا يجوز ولو باع القطن
غير المحلوج بحب القطن فلا بد ان يكون الحب الخالص اكثر من الحب الذي في القطن حتى يكون قدره مقابلا به
والزايد بالقطن وكذا لو باع شاة على ظهرها صوف او في ضرعها لبن بصوف او بلبن يشترط ان يكون الصوف
او اللبن اكثر مما على الشاة لما ذكرنا من المعنى وهو نظير بيع الزيت بالزيتون على ما يجيء **قال** والرطب بالرطب
او بالتمر متماثلا والعنب بالزبيب يعني متماثلا ايضا اما الرطب بالتمر فالمذكور هنا قول ابي حنيفة رحمه الله وقالا
لا يجوز لقوله عليه السلم حين سئل عنه اينقص اذا جف فقيل نعم فقال عليه السلم فلا اذا فافسد البيع واشار
الى العلة وهي النقصان وفيه اشارة الى انه يشترط لجواز العقد المماثلة في اعدل الاحوال وهو ما بعد الجفاف
لا في الحال فصار نظير بيع الدقيق بالحنطة فانه لا يجوز للتفاوت بعد الطحن وله قوله عليه السلم في الحديث المشهور
التمر بالتمر مثلا بمثل والرطب تمر فيجوز بيعه بالتمر متماثلا والدليل على انه تمر ما روي انه عليه السلم قال حين
اهدي اليه رطب اوكل تمر خيبر هكذا وروي انه عليه السلم نهى عن بيع التمر حتى يزهي فقيل وما يزهي قال يحمر
وهو اسم له من اول ما ينعقد الى ان يدرك ولانه ان كان تمرا جاز بيعه باول الحديث وهو قوله عليه السلم
التمر بالتمر مثلا بمثل وان كان غير تمر فباخره وهو قوله عليه السلم اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم ولانهما متساويان
في الحال وانما يتفاوتان في المال لذهاب جزء منه وهو الرطوبة بخلاف بيع الحنطة بالدقيق لانهما متفاوتان
في الحال ويظهر ذلك بالطحن اذ الطحن لا يزيد فيه شيئا وما رويناه لم يصح لان مداره على زيد بن عياش وهو ضعيف
عند النقلة ولئن صح فهو محمول على ان السائل كان وصي مال يتيم او وليا لصغير فلم ير عليه السلم لهذا النظر
نظرا له اذ هو مقيد بالنظر الا ترى انه يمنع من بيع الجيد بالردي من مال الربا لما ذكرنا وبيع العنب بالزبيب
على هذا الخلاف والوجه ما بيناه من الجانبين وقيل لا يجوز بالاتفاق كالحنطة المقلية بغير المقلية والفرق
لابي حنيفة بينه وبين الرطب بالتمر في هذه الرواية ان النص الوارد بلفظ التمر هناك يتناول الرطب
على ما بينا ولم يوجد مثله هنا فبقي محرما حتى يعتدل واما بيع الرطب بالرطب فلما روينا لان اسم التمر يتناوله
فيجوز بيعه مثلا بمثل لذلك ولو باع البسر بالتمر لا يجوز التفاضل فيه لانه تمر على ما بينا بخلاف الكفرى حيث
يجوز بيعه بما شاء من التمر لانه ليس بتمر لان اسم التمر يطلق عليه من اول ما تنعقد صورته لا قبله وهو عدد
متفاوت وهو اول ما تنشق عنه النخل سمي به لانه يستر ما في جوفه وللتفاوت فاحشا لا يجوز السلم فيه ولو
باع حنطة رطبة او مبلولة بحنطة رطبة او يابسة جاز البيع وكذا لو باع تمرا منقعا او زبيبا منقعا بتمر
مثله او زبيب مثله او باليابس منهما جاز عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يجوز شيء من ذلك لانه يعتبر
المساواة في اعدل الاحوال وهو بعد اليبس والفرق له بين بيع الرطب بالرطب وبين بيع المبلول ونحوه بمثله
حيث اجاز بيع الرطب بالرطب ومنع غيره جميعه ان التفاوت فيها يظهر مع بقاء البدلين على الاسم الذي عقد
عليه العقد وفي الرطب بالتمر مع بقاء احدهما على ذلك الاسم فيكون متفاوتا في عين المعقود عليه وفي الرطب
بالرطب يكون التفاوت بعد زوال ذلك الاسم فلم يكن تفاوتا في المعقود عليه وابو حنيفة يعتبر المساواة في الحال
وكذا ابو يوسف لاطلاق قوله عليه السلم الحنطة بالحنطة مثلا بمثل الحديث وهو باطلاقه يتناول الحنطة والتمر والشعير

وعند الطحن صح

او مبلولة صح

على اي صفة كان الا ان ابا يوسف ترك هذا الاصل في بيع الرطب بالتمر حتى منعه لما روينا من حديث زيد بن عياش
على ما بينا من قبل **قال** واللحوم المختلفة بعضها ببعض متفاضلا والبان البقر والغنم وخل الدقل بخل العنب وقال
الشافعي رحمه الله لا يجوز لانه جنس واحد لاتحاد الاسم والصورة والمقصود ولنا ان اصولها اجناس مختلفة حتى لا
يضم بعضها الى بعض في الزكاة واسماؤها ايضا مختلفة باعتبار الاضافة كدقيق البر والشعير والمقصود ايضا
مختلف فبعض الناس يرغب في بعضها دون بعض وقد يضره البعض وينفعه غيره والمعتبر في الاتحاد المعنى
الخاص دون العام ولو اعتبر العام لما جاز بيع شيء بشيء اصلا بخلاف لحم الجاموس والبقر والبانهما ولحم المعز
والضان والبانهما ولحم العراب والبخاتي حيث لا يجوز بيع احدهما بالاخر متفاضلا لانهما جنس واحد حتى يضم
احدهما الى الاخر في تكميل النصاب في الزكاة فكذا اجزاؤهما ما لم يختلف المقصود كشعر المعز وصوف الضان او لم
يتبدل بالصنعة لانه بالتبدل تختلف المقاصد ولهذا اجاز بيع الخبز بالحنطة متفاضلا وكذا بيع الزيت
المطبوخ بغير المطبوخ او الدهن المربي بالبنفسج بغير المربي منه متفاضلا وانما جاز بيع لحم الطير بعضه ببعض
متفاضلا وان كان من جنس واحد ولم يتبدل بالصنعة لكونه غير موزون عادة فلم يكن مقدرا فلم توجد العلة
فحاصله ان الاختلاف باختلاف الاصل او المقصود او بتبدل الصنعة **قال** وشحم البطن بالالية او باللحم
يعني يجوز بيع بعضها ببعض متفاضلا وان كانت كلها من الضان لانها اجناس مختلفة لاختلاف الاسماء والصور
والمقاصد **قال** والخبز بالدقيق او البر متفاضلا وعن ابي حنيفة انه لا يجوز بيعه به اصلا لان بينهما شبهة
المجانسة في الحال ولا يعرف التساوي بينهما فصار كبيع المقلية بغير المقلية او الدقيق بالحنطة والاول اصح
لان الخبز بالصنعة صار جنسا اخر حتى خرج من ان يكون مكيلا والبر والدقيق مكيل فلم يجمعهما القدر وكذا
الجنس حتى جاز بيع احدهما بالاخر نسيئة اذا كانت الحنطة هي المتاخرة لامكان ضبطها وان كان الخبز هو
المتاخر او السلم فيه فلا يجوز عند ابي حنيفة لانه يتفاوت بالطحن والعجن والنضج واما عندهما فقد ذكر في
النهاية معزيا الى المبسوط انه لا يحفظ عنهما خلاف ذلك ومن اصحابنا من يقول لا يجوز عندهما ومنهم من يقول
يجوز على قياس السلم بالخبز وبه يفتى للتعامل وفي الكافي ان ابن رستم ذكر في نوادره ان على قول ابي حنيفة ومحمد
لا يصح السلم في الخبز وعلى قول ابي يوسف يصح وزنا ولا يجوز استقراضه وزنا ولا عددا عند ابي حنيفة لما ذكرنا
في السلم بل اولى لان باب السلم اوسع حتى جاز السلم في الثياب دون القرض وهو القياس وقال محمد يجوز بالوزن
دون العدد لان احاده تتفاوت بالعدد دون الوزن وعليه الفتوى **قال** لا بيع البر بالدقيق او بالسويق يعني
لا يجوز بيع الحنطة باحدهما لا متفاضلا ولا متساويا لانه جنسه من وجه وان اختص باسم اخر فيحرم لشبهة
الربا لان احدهما بعض اجزائه وهذا لانه بالطحن لم يوجد الا تفريق الاجزاء والمجتمع بالتفريق لا يصير
جنسا اخر فبقيت شبهة المجانسة وثبوت الشبهة يكفي لثبوت حرمة الربا كما في دهن السمسم غير ان المعيار
فيهما الكيل وهو غير مسو لهما الا ترى ان البر اذا طحن يزيد عليه وتلك الزيادة كانت موجودة في الحال وظهرت
بالطحن بخلاف بيع دهن السمسم بالسمسم حيث يجوز لان المعيار فيهما الوزن وهو مسو لهما فامكن التساوي
بينهما ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساويا ولا يجوز متفاضلا لاتحاد الاسم والصورة والمعنى وبه تثبت
المجانسة من كل وجه ولا يعتبر احتمال التفاضل كما في البر بالبر وقال ابو بكر محمد بن الفضل انما يجوز بيع
الدقيق بالدقيق اذا كانا مكبوسين وان كانا غير مكبوسين او احدهما لا يجوز وان باع الدقيق بالدقيق موازنة
ففيه روايتان ولا يجوز بيع الدقيق بالسويق متفاضلا ولا متساويا عند ابي حنيفة وقالا يجوز كيف ما كان
لانهما جنسان مختلفان لاختلاف الاسم والمقصود الا ترى ان احدهما يصلح لما لا يصلح له الاخر وهو اية الاختلاف
غير انه لا يجوز ان يباع احدهما بالاخر نسيئة لان القدر يجمعهما ولابي حنيفة انهما جنس واحد من وجه لانهما
من اجزاء الحنطة ولهذا لا يجوز ان يباعا بالحنطة لاتحاد الجنس وعدم المسوي وكذا لا يجوز بيع اصل احدهما

المعتبر في الاتحاد المعنى الخاص دون العام

ويجوز بيع الطحين متفاضلا وان كانا من جنس واحد

والعدد جميعا للتعامل وبه يترك القياس كما في الاستصناع وقال ابو يوسف يجوز بالوزن
نسخ

مع السمسم

باصل الاخر وهو المقلية بعين المقلية لما ذكرنا فكذا الجزان لا يجوز بيع احدهما بالاخر اذ الجزء لا يخالف الكل وبفوات بعض المقاصد لا يخرج من ان يكون جنسا له كاصل احدهما مع اصل الاخر او معهما على ما بينا وكالبر المعلك مع المسوس حتى لا يجوز بيع احدهما بالاخر الا متساويا او بمجرد اختلاف الاسم لا يدل على اختلاف الجنس الا ترى ان بعض الانسان يختص باسم كالشاب والشيخ والطفل ونحوه مع اتحاد الجنس وبيع المقلية بالمقلية والسويق بالسويق متساويا يجوز لاتحاد الجنس قال رحمه الله والزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج حتى يكون الزيت والشيرج اكثر مما في الزيتون والسمسم اي لا يجوز البيع حتى يكون الدهن الخالص اكثر مما في الاخر ليكون قدره بمثله والزائد بالتجير لو اتحاد الجنس بينهما معنا باعتبار ما في ضمنهما وان اختلفا صورة فثبت بذلك شبهة المجانسة والربو يثبت بالشبهة فلو لم يكن الدهن الخالص اكثر من الذي في الاخر كان التجير بلا عوض يقابله فيحرم ولو لم يعلم ان الخالص اكثر لا يجوز خلافا لزفر هو يقول ان الاصل هو الجواز والفساد طار عند وجود الفضل الخالي عن العوض ولا يفسد ما لم يعلم ذلك قلنا التوهم في الربو كالمتحقق الا ترى الى ما يروى عن جابر انه عليه السلم نهى عن بيع الصبرة من التمر لا يعلم كيلها بالكيل المسمى من التمر رواه مسلم والنسائي وروي عنه عليه السلم انه نهى عن الربوا والريبة وهي شبهة الربوا وقال ابن مسعود رضي الله عنه كنا ندع تسعة اعشار الحلال مخافة الحرام وعلى ذلك كان السلف رضي الله عنهم ولا يقال ان السمسم مكيل والدهن موزون فكيف يحرم التفاضل بينهما لانا نقول المقصود منه دهنه وهو موزون والحرمة باعتباره فان قيل فعلى هذا ينبغي ان يجوز بيع السمسم بالسمسم متفاضلا وكيلا على وجه الاعتبار بان يصرف كل جنس الى خلاف جنسه قلنا ذلك يتاتى في المنفصل خلقة دون المتصل وكذا بيع الجوز بدهنه واللبن بسمنه والتمر بنواه وكل شي لثفله قيمة اذا بيع الخالص منه لا يجوز حتى يكون الخالص اكثر وان لم يكن لثفله قيمة كتراب الذهب اذا بيع بالذهب او تراب الفضة اذا بيع بالفضة لا يشترط ان يكون الذهب والفضة اكثر مما في التراب لان التراب لا قيمة له فلو جعل بازائه شي حتى لو جعل فسد لربوا الفضل قال رحمه الله ويستقرض الخبز وزنا لا عددا وهذا عند ابي يوسف وعند محمد يستقرض بهما وعند ابي حنيفة لا يستقرض بهما وقد بيناه من قبل قال رحمه الله ولا ربوا بين المولى وعبده لانه وما في يده ملكه فلا يتحقق الربو هذا اذا لم يكن عليه دين مستغرق برقبته وما في يده وان كان عليه دين لا يجوز لان ما في يده ليس بملك للمولى عند ابي حنيفة فصار كالمكاتب وعندهما تعلق به حق الغير فلا يعرى عن الشبهة وفي المحيط في كتاب الصرف لا ربوا بينهما وان كان عليه دين لان له ان ياخذ كسب عبده المديون بعوض بعد له استخلاصا بغير رضاء فجعل اخذا بهذا الطريق الا انه اذا اخذ منه درهمين بدرهم يرد الدرهم الزائد على العبد لانه اخذه بغير عوض لا للربوا حتى لو اخذ منه درهمين بدرهم لا يجب على العبد الرد على المولى بخلاف المكاتب لان حق المولى لا يظهر في حق كسب المكاتب والمتفاوضان لا ربوا بينهما لان الكل مالهما وكذا شريكا العنان اذا تبايعا من مال الشركة وان كان من غيرها يجري قال رحمه الله ولا بين الحربي والمسلم ثمة اي لا ربوا بينهما في دار الحرب وكذلك اذا تبايعا بيعا فاسدا في دار الحرب فهو جائز وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف والشافعي لا يجوز لان المسلم التزم بالامان ان لا يتملك ما لهم الا بالعقد وهذا العقد وقع فاسدا فلا يفيد الملك للحلول فصار كما اذا وقع مع المستامن منهم في دارنا ولهما قوله عليه السلم لا ربوا بين المسلم والحربي في دار الحرب ولان مالهم مباح وبعقد الامان لم يصر معصوما الا انه التزم ان لا يغدرهم ولا يتعرض لما في ايديهم بدون رضاهم فاذا اخذه برضاهم فقد اخذ مالا مباحا بلا غدر فيملكه بحكم الاباحة السابقة اذ تاثير الامان في تحصيل التراضي دون التملك فكان الملك في حق الحربي زايلا بالتجارة كما رضي به وفي حق المسلم ثابتا بالاستيلاء على مال مباح بخلاف المستامن منهم في دارنا لان ماله صار محظورا بعقد الامان ولو اسلم الحربي في دار الحرب ولم يهاجر الينا فكذلك الحكم عند ابي حنيفة رحمه الله لان ماله غير معصوم عنده على ما عرف في موضعه

باب الحقوق

قال رحمه الله العلو لا يدخل بشراء بيت وبشراء منزل الا بكل حق له او بمرافقه او بكل قليل وكثير هو فيه او منه ودخل بشراء دار كالكنيف اي لا يدخل العلو بشراء بيت وان قال بكل حق هو له ما لم ينص عليه وبشراء منزل لا يدخل الا ان يقول بكل حق هو له او بمرافقه او بكل قليل وكثير هو فيه او منه وبشراء الدار يدخل العلو وان لم يذكر شيئا من ذلك كما يدخل الكنيف لان البيت اسم لبيت واحد يصلح للبيتوتة والعلو مثله والشي لا يكون تبعا لمثله ولا يكون من حقوقه فلا يدخل بدون التنصيص عليه والدار اسم لما ادير عليه الحدود من الحايط ويشتمل على حدود ومنازل وصحن غير مسقف والعلو من اجزائه وتوابعه فيدخل فيه من غير ذكر والمنزل بين الدار والبيت لانه اسم لما يشتمل على بيوت وصحن غير مسقف ومطبخ يسكنه الرجل باهله مع ضرب قصور فيه فانه ليس فيه اصطبل فكان له شبه بهما فلشبهه بالدار يدخل تبعا عند ذكر التوابع ولشبهه بالبيت لا يدخل من غير ذكر توفيرا على الشبهين حظهما وذكر في الكافي ان هذا الجواب على هذا التفصيل بناء على عرف اهل الكوفة وفي عرفنا يدخل العلو في الكل سواء باع باسم البيت او المنزل او الدار لان كل منزل يسمى خانة سواء كان كبيرا او صغيرا فكانه يقول يتناول العلو والسفل والاحكام في مثل هذا تبنى على العرف فيعتبر في كل اقليم وفي كل عصر عرف اهله وانما يدخل الكنيف لان الدار اسم لما ادير عليه الحائط والكنيف فيه فيدخل بذكر الدار من غير افراده بالذكر كالعلو ولو كان خارج الدار مبنيا على الظلة يدخل لانه يعد من الدار عادة ويدخل بير الماء والاشجار في صحنها والبستان فيها لما ذكرنا وان كان البستان خارج الدار ان كان اكبر منها او مثلها لا يدخل الا بالشرط لانه خارج عن حدودها وان كان اصغر منها يدخل لانه يعد من الدار عرفا فصار تبعا قال رحمه الله لا الظلة الا بكل حق اي لا تدخل الظلة في بيع الدار الا اذا قال بكل حق او نحو ذلك مما ذكرناه وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما تدخل من غير ذكر شي لما ذكرنا اذا كان مفتحها في الدار لانها من توابع الدار كالعلو والكنيف ولابي حنيفة انها خارجة عن الحدود مبنية على هواء الطريق فصارت كالطريق ولانها تابعة للدار من حيث ان قرار احد طرفيها عليها وليست بتابعة لها من حيث ان قرار طرفها الاخر على شي اخر فصارت تابعة من وجه دون وجه فتدخل ان ذكر الحقوق ونحوه والا فلا عملا بالشبهين قال رحمه الله ولا يدخل الطريق والمسيل والشرب الا بنحو كل حق بخلاف الاجارة اي لا تدخل هذه الاشيا في بيع الارض او المسكن الا بذكر كل حق ونحوه بخلاف الاجارة حيث يدخل فيها من غير شرط لان هذه الاشيا تابعة من وجه من حيث انها تقصد للانتفاع بالمبيع دون عينها اصل من وجه من حيث انه يتصور وجودها بدون المبيع فكانت تابعة للمبيع من وجه دون وجه فلا تدخل في البيع الا بذكر الحقوق والمرافق وهذا لانه قد يشتري المبيع فلا يلزم المشتري الانتفاع به وقد يشتري الطريق بعد ما اشترى المبيع بخلاف الاجارة لانها تعقد للانتفاع لا غير ولهذا لا تجوز الاجارة فيما لا يمكن الانتفاع به ولو بطل الانتفاع بعد عقد الاجارة تبطل الاجارة وكذا لو استثنى هذه الاشيا عن عقد الاجارة تبطل اذ لا يمكن الانتفاع بالعين المستاجرة الا بهذه الاشيا فوجب دخولها فيها تصحيحا لها الا ترى ان المستاجر لو استاجر الطريق من صاحب العين لا يجوز فتعين الدخول فيها ولا يدخل مسيل ماء الميزاب اذا كان في ملك خاص ولا مسقط الثلج الا بذكره وقدر الحمام يدخل لانه مركب بالبناء ولو اشترى رحى يدخل الحجر الاسفل لانه مركب بالبناء وكذا الاعلى استحسانا والالات الملصقة بالبيت لان الرحا اسم لبيت فيه حجر دوار والحجر الاعلى هو الدوار

باب الاستحقاق

قال رحمه الله البينة حجة متعدية لا الاقرار لان البينة لا تصير حجة الا بقضاء القاضي وللقاضي ولاية عامة فينفذ قضاؤه في حق الكافة والاقرار حجة بنفسه لا يتوقف على القضاء والمقر ولاية على نفسه دون غيره فيقتصر عليه قال رحمه الله والتناقض يمنع دعوى الملك لا الحرية والنسب والطلاق لان القاضي لا يمكنه ان يحكم بالكلام المتناقض اذ احدهما ليس باولى من الاخر فسقطا غير ان الحرية والطلاق والنسب مبناه على الخفاء فيعذر في التناقض لان النسب ينبني على العلوق والطلاق والحرية ينفرد بها الزوج والمولى فيخفى عليهم قال رحمه الله فمبيعة ولدت فاستحقت تبعها ولدها وان اقر بها لرجل لا والفرق ان البينة حجة مطلقة مبينة

فطا كما اذا اشترى امة ثم ادعى انها ملك فلان وفلان يدعيها واقام المشتري بينة على دعواه لا تقبل لان اقدامه على الشراء دليل على انها ملك البايع فاذا ادعى لغيره كان متناقضا مكين قوله والتناقض الخ اعلم ان هذا الاصل مما يبتنى عليه كثير من المسايل فصورة دعوى الملك التي يمنعها التناقض ان يقول الرجل لا ملك لي على هذا الشي ثم يدعيه انه له لا تقبل لان التناقض يمنع دعوى الملك وكذا لو باع عينا على انه ملكه ثم ادعى انه ملك فلان غيره وانه غاصب يريد بذلك رد العين الى ملكه لا يقبل لان اقدامه على البيع يدل على انه مالك متصرف فلا يقبل قوله انه لغيره للتناقض وكذا لو شهد ان هذا لفلان ثم ادعى انه ملكه لا تقبل دعواه للتناقض وصورة دعوى الحرية رجل باع عبدا فباعه الثاني من غيره ثم ادعى الاول انه حر يبطل البيع الاول والثاني ولا تبطل دعواه بالتناقض لان التناقض لا يمنع دعوى الحرية لان اسبابها قد تخفى ثم تظهر وصورة دعوى الطلاق رجل خالع امراته على الف فقبلت المراة وادت بدل الخلع ثم اقامت بينة انه طلقها ثلاثا قبل الخلع تقبل بينتها وتسترد بدل الخلع لان التناقض لا يمنع دعوى الطلاق

وعلى هذا المكاتب يدعي عقد الكتابة ان مولاه اعتقه قبل الكتابة مستخلص

ولو اشترى دارا بيعا فاسدا او ذكر ... حربي بامان فباع منه مسلم درهما بدرهمين لا يجوز اتفاقا مسكين

كما لو ثبت بها الملك من الاصل ولهذا لو رجع المشترى على البايع بالثمن عند استحقاق المبيع بالبينة والاقرار
حجة قاصرة يثبت به الملك فى المقر به ضرورة صحة الخبر وقد اندفعت الضرورة باثباته بعد الانفصال
فلا يظهر الاستحقاق فى حقه ولهذا لو رجع المشترى بالثمن على البايع عند استحقاق المبيع بالاقرار لان المالك
يقدر على انشاء الملك للحال فيحمل اقراره به على ذلك بخلاف الشهود فانهم لا يقدرون على اثبات الملك بشهادتهم
للمستحق ان لم يكن مالكا له قبل ذلك فيكون اظهار الملك من الاصل فيستحقه بزوايده ثم قيل يدخل الولد فى القضا
بالام لانه تبع لها فيكتفى به وقيل يشترط القضا له بالولد وهو الاصح لان محمدا رحمه الله قال اذا قضى بالاصل
ولم يعرف بالزوايد لم تدخل الزوايد تحت الحكم لانه منفصل وقت القضا وذكر فى النهاية ان الولد انما لا
يتبعها فى الاقرار اذا لم يدعه المقر له اما اذا ادعاه كان له لان الظاهر انه له قال رحمه الله وان قال عبد لمشتر
اشترنى فانا عبد فاشتراه فاذا هو حر فان كان البايع حاضرا او غايبا غيبة معروفة فلا شىء على العبد والا رجع
المشترى على العبد والعبد على البايع بخلاف الرهن يعنى اذا قال ارتهنى فانى عبد فارتهنه فاذا هو حر حيث
لا يرجع المرتهن على العبد بحال سواء كان الراهن حاضرا او غايبا وعن ابى يوسف انه لا يرجع فى الفصل الاول
ايضا لان ضمان الثمن بالمعاوضة او الكفالة ولم يوجد واحد منهما فصار كمسئلة الرهن وكما اذا قال اشترنى
او قال انا عبد ولم يزد على ذلك وهذا لان ما يوجب الضمان لا يختلف بين ان يكون حاضرا او غايبا كالرهن
حققه انه لم يوجد منه الا الاخبار كاذبا او الامر بالشراء وذلك لا يوجب الضمان كما اذا كان ذلك من الاجنبى
ولهذا قلنا فيمن قال لغيره اسلك هذا الطريق فانه آمن او قال كل هذا الطعام فانه ليس بمسموم فكان بخلافه
ذلك لا يجب عليه ضمان ما عطب بسبب ذلك لما قلنا وجه الظاهر ان المقر بالعبودية ضمن سلامة نفسه او سلامة
الثمن للمشترى عند تعذر استيفائه من البايع لانه انما اقدم على الشراء معتمدا على كلامه فصار بذلك غارا له
المغرور من جهته والغرور فى المعاوضة يجعل سببا للضمان دفعا للضرر عنه بقدر الامكان لان المعاوضات
تقتضى سلامة المعوض فاذا ظهرت حرية الاصل واهلية الضمان وتعذر الاستيفاء من جهة البايع يواخذ هو
بذلك كالمولى اذا قال لاهل السوق هذا عبدى وقد اذنت له فى التجارة فبايعوه ثم لحقته ديون ثم ظهر انه
حر او استحق رجعوا عليه بقيمته بحكم الغرور دفعا للضرر عن الغرماء فيجعل المولى كانه ضمن لهم سلامة المالية
منه والبيع عقد معاوضة فامكن ان يجعل الامر به ضمانا للسلامة بخلاف الرهن لانه ليس بمعاوضة بل هو وثيقة
من غير عوض يقابله ويصير لعاقبته استيفاء العين حقه من غير ان يجعل مبادلة الا ترى ان الرهن يجوز فى موضع
لا يجوز فيه المبادلة كثمن الصرف وراس مال السلم او المسلم فيه فلا يمكن ان يجعل الامر به ضمانا للسلامة اذ هو
فى ضمن عقد المعاوضة وبخلاف المستشهد به من الامر بالاكل والسلوك اذ كان الامر بذلك من الاجنبى
لانه ليس بعقد معاوضة وامر الاجنبى لا يعتبا به ولا يلتفت اليه وبخلاف ما اذا قال اشترنى او قال انا عبد
ولم يزد عليه لان الحر يشترى تخليصا كالاسير وقد لا يجوز شراء العبد كالمكاتب فلم يوجد منه ما يدل على الضمان
ثم اذا ضمن المقر بالعبودية يرجع بذلك على الامر لانه قضى دينا عليه وهو مضطر فيه فلا يكون متبرعا
كمعير الرهن اذا قضى الدين لتخليص الرهن فان قيل لا تتصور هذه المسئلة على قول ابى حنيفة فان الدعوى
شرط عنده لقبول الشهادة بالحرية لكون العتق حق العبد والتناقض فيه يمنع صحة الدعوى فكيف تقبل
بينته على الحرية بعد اقراره بالرق قلنا قد اجاب عنه بعض مشايخنا بان الوضع فى حرية الاصل والدعوى
فيها ليست بشرط عنده لتضمنها تحريم الفرج لان الشهود يجب عليهم تعيين الامة فى حرية الاصل فتحرم على المولى
وحرمة الفرج حق الله تعالى وفى حقوق الله تعالى الدعوى ليست بشرط كما فى عتق الامة فلا يكون التناقض مانعا
حتى لو خلت حرية الاصل عن تحريم الفرج كولد المغرور تكون الدعوى فيه شرطا والتناقض مانع من صحتها
من حيث انه يعدم الدعوى وعامتهم على ان دعوى العبد شرط عنده فى الحرية الاصلية والطارية لانها

حق العبد وهو الصحيح لكن التناقض لا يمنع صحة الدعوى وقبول الشهادة فيها لخفاء الحال عليه فيعفى التناقض
فيه اما الحرية الاصلية فلان الصغير قد جلب من دار الحرب ولا يعلم بحرية ابويه او بحرية احدهما باسلامهما
او باسلام احدهما فيها فيعتقد انه رقيق فيقر بالرق ثم يتبين له الحال بعد ذلك فيدعى الحرية فيعذر فى التناقض
واما فى العتق الطارى فلان المولى يستبد به ويخفى على العبد فيعذر فى التناقض كالمختلعة تقيم البينة ان
زوجها طلقها ثلاثا قبل الخلع وكالمكاتب اذا اقام بينة ان مولاه اعتقه قبل الكتابة قال رحمه الله ومن ادعى
حقا فى دار اى مجهولا فصولح على مائة فاستحق بعضها لا يرجع بشىء لان دعواه يجوز ان تكون فيما بقى وان قل
فما دام فى يده شىء لا يرجع عليه بخلاف ما اذا استحق كلها لانا تيقنا انه اخذ عوض ما لا يملك فيرد ودلت المسئلة
على ان الصلح على معلوم عن مجهول جايز لانه لا يفضى الى المنازعة والمنع باعتباره فاذا خلى عنه جاز وقد
ذكرناه فى الابراء عن كل عيب وذكرنا الخلاف فيه ودلت ايضا على ان صحة الدعوى ليست بشرط لصحة الصلح
لان دعوى الحق فى الدار غير صحيحة لجهالة المدعى حتى لو اقام البينة على هذه الصورة لا تقبل بينته الا اذا
ادعى اقرار المدعى عليه بذلك فحينئذ تقبل بينته لان الاقرار بالمجهول صحيح بخلاف البينة وقال بعض المشايخ
لا يصح الصلح الا فى دعوى الاقرار او دعوى المقدار من الدار لانه معاوضة او لافتداء اليمين والمعاوضة لا
تجوز فى المجهول وكذا اليمين لانها لا تتوجه الا بعد صحة الدعوى قلنا قد يكون لدفع الشغب والخصومة
وذلك يحصل به وهذا اذا لم يقدر الحق بشىء وان قدر بجزء معلوم بربع مثلا او نصف لا يرجع عليه
ما دام فى يده ذلك القدر وان بقى اقل منه رجع عليه بحساب ما استحق منه قال رحمه الله ولو ادعى كلها رجع عليه
بقسطه لان الصلح على مائة وقع عن الكل فاذا استحق منها شىء وتبين ان المدعى لا يملك ذلك القدر فيرد بحسابه
من العوض قال رحمه الله ومن باع ملك غيره فللمالك ان يفسخه ويجيزه ان بقى العاقدان والمعقود عليه والمعقود
له وبه لو عرضا اى للمالك ان يجيز العقد بشرط ان يبقى العاقدان والمعقود عليه والمعقود له وهو المالك
بما لهم والاصل فيه ان كل تصرف صدر عن الفضولى وله مجيز حال وقوعه انعقد موقوفا على الاجازة عندنا
وان لم يكن له مجيز حال العقد لا يتوقف ويقع باطلا والشراء لا يتوقف على الاجازة عندنا اذا وجد نفاذا
على العاقد وان لم يجد نفاذا يتوقف كشراء العبد والصبى المحجور عليهما وعند الشافعى لا تنعقد تصرفات الفضولى
اصلا ولا يجوز باجازة المالك لانها وقعت باطلة لخلوها عن ولاية شرعية اذ هى بالملك او بتوكيل المالك
ولم يوجد واحد منهما فيلغوا لان التصرفات الشرعية تتوقف على الولاية كما تتوقف على الاهلية والمحلية
ولنا حديث عروة بن ابى الجعد البارقى ان النبى صلى الله عليه وسلم اعطاه دينارا ليشترى له شاة فاشترى
له به شاتين فباع احداهما بدينار وجاء بشاة ودينار فدعا له بالبركة فى بيعه فكان لو اشترى التراب
وباعه لربح فيه رواه البخارى واحمد وابو داود وحديث حبيب بن ابى ثابت عن حكيم بن حزام ان النبى
صلى الله عليه وسلم بعثه ليشترى له اضحية بدينار فاشترى اضحية فاربح فيها دينارا فاشترى اخرى
مكانها فجاء بالاضحية والدينار الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ضح بالشاة وتصدق بالدينار
رواه الترمذى وهذا رسول الله صلى الله عليه وسلم اجاز بيعه ولو كان باطلا لرده وانكر عليه ولان ركن
التصرف صدر من اهله مضافا الى محله ولا ضرر فى انعقاده موقوفا فينعقد وهذا لان الاهلية بالعقل
والتمييز والمحلية بكون المال متقوما وقد وجدا وليس فيه ضرر على المالك لانه مخير فاذا راى المصلحة
فيه نفذه والا فسخه بل له فيه منفعة حيث يسقط عنه مؤنة طلب المشترى وقرار الثمن وسقوط رجوع
حق العقد اليه وفيه نفع للمتعاقدين لصون كلامهما عن الالغاء فتثبت القدرة الشرعية احرازا لهذه
المنافع على ان الاذن ثابت دلالة لان كل عاقل يرضى بتصرف يحصل له به النفع اذ لا يوجد مثله من التصرف
النافع فى حال غيبته عادة الا من صديق متفضل نصوح يرى لاخيه مثل ما يرى لنفسه فان قيل المقصود

المدعى عليه وهو ذو اليد على المدعى شىء لان المدعى ان يقول دعواى فى هذا الباقى مستخلص

وقال ابو الحسن الكرخى ان صحة الدعوى شرط لصحة الصلح عن الانكار مسكين

بوضع الاسباب الشرعية احكامها لا بوجود السبب واذا لم يفد الحكم لا يعتبر وحكمها وهو التمليك لا يتصور من
غيره ما لك فيلغوا قلنا لا نسلم انه لا يفيد الملك بل يفيد ملكا موقوفا لانه اللايق بالسبب الموقوف كما يفيد
السبب البات الملك البات لانه هو اللايق به ولهذا لو اعتق المشترى ثم اجاز المالك البيع نفذ عتقه
ولان السبب انما يلغوا اذا اخلا حكمه عنه شرعا واما اذا تاخر فلا لان العلة قد يتاخر حكمها لعارض
كالبيع الذى فيه الخيار للمتعاقدين او لاحدهما كالراهنين اذا تبايعا رهنا برهن بغير اذن المرتهنين
انعقد وتوقف الحكم لحق المرتهنين وكذا الطلاق المضاف الى شهر سبب للحال ويتاخر حكمه وكذا شهر
رمضان سبب لوجوب الصوم ويتاخر الوجوب فى حق المسافر والمريض ولا يلزم على هذا اعتاق الصبى
وطلاقه وهبته وبيعه بالغبن الفاحش حيث لا يجوز لو اجازها الولى او هو بنفسه بعد بلوغه لان
هذه العقود لا مجيز لها حال وقوعها لتمحضها ضررا عليه الا ترى ان الولى لا يملك انشاءها فبطلت فبعد
ذلك لا تعود صحيحة حتى لو باشر الصبى عقدا يملكه عليه الولى كالنكاح والاجارة والبيع من غير غبن توقف
حتى لو اجازه الولى او هو بعد بلوغه جاز فان قيل نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند
الانسان اى ما لا يملكه كما نهى عن بيع المبيع قبل القبض وعن بيع الآبق ثم اذا باع المبيع قبل القبض او الآبق
لا يجوز للنهى الوارد فيه فكذا هذا بل اولى لان الآبق والمبيع يملكه ومع هذا لا يجوز بيعه فعند عدم الملك اولى
قلنا كلامنا فى انعقاد العقد وبيع المبيع قبل القبض ينعقد عندنا وان كان فاسدا وكذا الآبق فى رواية
حتى لو سلمه بعد ذلك صح فلا يلزمنا والمراد بما روى انه عليه السلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ان يبيع شيئا
لا يملكه ثم يشتريه ويسلمه بدليل قصة الحديث فان حكيم بن حزام قال يا رسول الله ان الرجل ليأتينى فيطلب
منى سلعة ليست عندى فابيعها منه ثم ادخل السوق فاشتريها فاسلمها له فقال عليه السلام لا تبع ما ليس عندك
رواه ابو داود واحمد وانما شرط لصحة الاجازة بقاء المتعاقدين والمعقود له والمعقود عليه لان الاجازة
تصرف فى العقد فلا بد من قيامه وذلك بقيام هذه الاشياء ولا يشترط بقاء الثمن الا اذا كان عرضا لان العرض
يتعين بالتعيين فصار كالمبيع فيشترط بقاؤه واذا اجاز المالك كان الثمن مملوكا له امانة فى يد الفضولى
بمنزلة الوكيل حتى لا يضمن بالهلاك فى يده سواء هلك بعد الاجازة او قبله لان الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة
وللفضولى ان يفسخ قبل الاجازة دفعا للحقوق عن نفسه بخلاف الفضولى فى النكاح لانه معبر محض فلا ترجع
الحقوق اليه وكذا لا يشترط فى النكاح بقاء العاقد الفضولى عند الاجازة حتى لو اجازه بعد ما هلك العاقد
جاز وهذا الذى ذكرنا من ان الثمن يكون للمالك فيما اذا كان دينا وان كان عرضا معينا كان الثمن العرض
للفضولى ملكا له واجازة المالك اجازة نقد لا اجازة عقد لانه لما كان العوض متعينا كان شراء من وجه
والشراء لا يتوقف بل ينفذ على المباشر ان وجد نفاذا فيكون ملكا له وباجازة المالك لا ينتقل اليه بل تاثير
اجازته فى النقد لا فى العقد ثم يجب على الفضولى مثل المبيع ان كان مثليا والا فقيمته لانه لما صار البدل
له صار مشتريا لنفسه بمال الغير مستقرضا له فى ضمن الشراء فيجب عليه رده كما لو قضى دينه بمال الغير واستقراض
غير المثلى جائز ضمنا وان لم يجز قصدا الا ترى ان الرجل اذا تزوج امراة على عبد الغير صح ويجب قيمته عليه
لان النكاح على العبد مشروع فينفذ ومن ضرورته يصير قرضا فكذا هنا واعتبار جانب الشراء اولى من اعتبار
جانب البيع لانه يوافق الاصل لنفاذ تصرف العاقل عليه واعتبار جانب البيع يقتضى التوقف على غيره وهو
خلاف الاصل ولا يقال لو كان شراء لما ملكه الوكيل بالبيع لانا نقول اطلاق الوكالة بالبيع يتناول البيع
بالعين والدين فيجرى على اطلاقه فى غير موضع التهمة ولو مات المالك لا ينفذ باجازة الوارث فى الفصلين
لانه يتوقف على اجازة المورث لنفسه فلا تنتقل الى غيره بخلاف الوصى او الاب اذا توقف على اجازتهما فى مال
الصغير ثم بلغ الصغير فانه تنتقل الى الابن لانه لم يتوقف على اجازتهما لنفسه وانما توقف له فينتقل اليه

بخلاف ما اذا تزوجت امة بغير اذن مولاها وكان قد وطئها ثم مات المولى حيث تنتقل الاجازة الى ابنه لان عدم
الانتقال الى الوارث كان لمعنى وهو حدوث حل بات على موقوف فابطله وقد عدم ذلك هنا بوطى ابيه ولا
يبطل حتى لو قدر فى الشراء ايضا مثل ذلك بان باعها المولى ممن لا يحل له وطيها والنكاح موقوف كان الحكم كذلك
ولو اجاز المالك فى حياته ولا يعلم حال المبيع جاز البيع فى قول ابى يوسف اولا وهو قول محمد لان الاصل ابقاؤه
ثم رجع وقال لا يصح حتى يعلم قيامه عند الاجازة لوقوع الشك فى شرط الاجازة فلا يثبت مع الشك
وصح عتق مشتر من غاصب باجازة بيعه لا بيعه معناه لو غصب رجل عبدا وباعه فاعتقه المشترى فاجاز المالك
البيع جاز عتقه ولو لم يعتقه المشترى ولكن باعه لم يجز بيعه وهذا عندهما وقال محمد لا يجوز عتقه ايضا
وهو القياس لانه لم يملكه وقد قال عليه السلام لا عتق فيما لا يملك ابن ادم وهذا لان عقد الفضولى موقوف على
ما بينا والموقوف لا يفيد الملك اذ لا نفاذ فيه وعند الاجازة ان ثبت الملك بطريق الاستناد فهو ثابت من وجه
دون وجه فلا يصلح شرطا للاعتاق لان المصحح للاعتاق ملك كامل لما روينا وهذا لانه عليه السلام ذكر فيه الملك
مطلقا والمطلق ينصرف الى الكامل ولهذا لو اعتقه الغاصب ثم ادى الضمان لا يصح العتق مع ان الملك الثابت
له بالضمان اقوى من الملك الثابت للمشترى حتى ينفذ بيع الغاصب اذا ادى الضمان ولا ينفذ بيع المشترى اذا
اجاز المالك البيع الاول وكذا لو اعتقه المشترى والخيار للبايع ثم اجاز البيع لا ينفذ عتقه وكذا اذا قبض
المشترى من الغاصب ثم باعه ثم اجاز المالك البيع الاول لم ينفذ الثانى مع ان البيع اسرع نفاذا من العتق
حتى صح بيع المكاتب والماذون له دون عتقهما وكذا لو باع الغاصب المغصوب ثم ادى الضمان نفذ بيعه
ولو اعتقه ثم ادى الضمان لا ينفذ عتقه لما ذكرنا وكذا لو باعه الغاصب فاعتقه المشترى منه ثم ادى الغاصب
الضمان صح بيع الغاصب وبطل عتقه لما بينا ولهما ان الملك ثبت موقوفا بتصرف مطلق مفيد للملك بالوضع
ولا ضرر فيه على ما مر فيتوقف الاعتاق مرتبا عليه وينفذ بنفاذه وصار كاعتاق المشترى من الراهن فانه يتوقف
وينفذ باجازة المرتهن البيع وكاعتاق المشترى من الوارث والتركة مستغرقة بالدين فاجازت الغرماء البيع
او كاعتاق الوارث عبدا من التركة وهى مستغرقة بالدين فقضى الدين او ابراء الغرماء منه فانه ينفذ عتقه
وهذا لان العتق من حقوق الملك والشىء اذا توقف توقف بحقوقه واذا نفذ نفذ بحقوقه بخلاف اعتاق
الغاصب بنفسه لان الغصب لم يوضع لافادة الملك لكونه عدوانا محضا وانما يملك ضرورة اداء الضمان
لئلا يجتمع البدلان فى ملك رجل واحد فلم يكن الغصب منشئا للملك فى الحال ولا سببا له ليتوقف هو ويتوقف
العتق بتوقفه حكما له بل هو سبب له ضرورة عند اداء الضمان والعتق وجد قبله وبخلاف ما اذا كان فى البيع خيار
البايع لانه ليس بمطلق والكلام فيه وشرط الخيار يمنع من انعقاده فى حق الحكم اصلا فكان الملك فيه غير موجود
لوجود الخيار المانع منه فلم يصادف الاعتاق محله وهو الملك وهنا البيع مطلق والاصل فى الاسباب المطلقة
ان تعمل فى حق الحكم بلا تراخ والتراخى انما ثبت هنا ضرورة دفع الضرر ولا ضرر فى توقف الملك والاعتاق
فوجب القول باظهار السبب فى حقه ونعنى بتوقف الملك انه موجود فى حق الاحكام التى لا يتضرر المالك بها
والمشترى من الغاصب اذا اعتق ثم ملك المغصوب باداء الضمان لا ينفذ اعتاقه عند البعض لان ملك المشترى
يثبت بناء على ملك الغاصب وملك الغاصب لا يكفى لصحة الاعتاق فكذا ما ثبت بناء عليه والاصح انه ينفذ
لان ملك المشترى ثبت مطلقا بسبب مطلق وهو الشراء فاحتمل العتق عند الاجازة بخلاف الغاصب لانه ملكه
بالغصب وهو سبب ضرورى لا مطلق لما مر فكان الملك فيه ناقصا والناقص لا يكفى للاعتاق ويكفى لجواز البيع
الا ترى ان ملك المكاتب يكفى لجواز البيع دون العتق وانما يبطل بيع المشترى من الغاصب عند اجازة المغصوب
منه البيع الاول لانه بالاجازة يثبت للمشترى الاول وهو البايع الثانى ملك بات فاذا طرا على ملك موقوف
لغيره ابطله لاستحالة اجتماع الملك البات والملك الموقوف فى محل واحد ولا يقال لو كان هذا مانعا لما ثبت الملك

ای بالاجازة يثبت ملك بات ... فالاشارة الى ...

الموقوف المشتري من الفضولي لوجود الملك البات فيه لما اكد بل كان هذا اولى بالامتناع لان البات فيه موجود
عند ثبوت الموقوف فاذا كان يرفعه بعد ثبوته فاولى ان يمنعه من الثبوت لان المنع اسهل من الرفع لانا نقول
المنع والرفع ان يكونا عند التعارض ولا تعارض ثمه لان الملك الموقوف لم يظهر في حق المالك وانما يظهر في حق
المتعاقدين لان البيع قايم بهما واذا اجاز المالك بيع الفضولي فالملك الثابت يثبت للفضولي والملك الموقوف
ظاهر في حقه لان الفضولي عاقد فوقع التعارض فيرفع البات الموقوف ولا يقال ان الغاصب اذا ادى ضمان المغصوب
بعد ما باعه ينفذ بيعه وقد طرا على الملك الموقوف الملك البات قلنا ملك الغاصب ثابت ضرورة اذ ليس الغصب
بسبب موضوع للملك فلو جعل ثابتا في محل ليس فيه ضرورة فلو يظهر في ابطال التوقف وحاصل الخلاف راجع الى
ان عند محمد بيع الفضولي لا ينعقد في حق الحكم لانعدام الولاية فكان الاعتاق حاصلا في ملك الغير وعندهما ينعقد
في حق الحكم ويوجب الملك على سبيل التوقف لان الاصل في البيع المنعقد تعجيل الحكم والتراخي الى وقت الاجازة
لدفع الضرورة والضرر في النفاذ لا في ثبوت الملك على وجه لا يظهر اثره في التصرفات الضارة قال ولو قطعت
يده عند المشتري فاجيز فارشه لمشتريه اي لو قطعت يد عبد باعه الفضولي ثم اجاز مالكه البيع يكون ارش
اليد للمشتري لان الملك ثبت له من وقت الشراء فتبين ان القطع ورد على ملكه وعلى هذا كل ما يحدث من المبيع من كسب
او ولد او عقر قبل الاجازة فهو للمشتري لما ذكرنا وهو حجة عليهما والعذر لهما ان الملك من وجه يكفي لاستحقاق
الزوايد كالمكاتب اذا قطعت يده فاخذ الارش ثم رد في الرق يكون الارش للمولى واذا قطعت يد المبيع والخيار
للبايع فاجاز البيع يكون الارش للمشتري لما ذكرنا من استناد ملكه بخلاف الاعتاق لافتقاره الى الملك الكامل
ومع الخيار للبايع لا يثبت الملك للمشتري وبخلاف ما اذا غصب عبدا فقطعت يده عنده ثم ضمن قيمته حيث لا يكون
الارش له لان الغصب ليس بسبب موضوع للملك وانما يثبت الملك له ضرورة على ما بينا فلو يظهر في حق استحقاق
الزوايد قال وتصدق بما زاد على نصف الثمن لان فيه شبهة عدم الملك لانه غير موجود حقيقة وقت القطع
وانما يثبت بطريق الاستناد فكان ثابتا من وجه دون وجه ولانه ان كان قبل القبض لم يدخل في ضمانه فيكون
ربح ما لم يضمن ويطيب له قدر نصف الثمن لان ارش اليد الواحدة في الحر نصف الدية وفي العبد نصف القيمة والذي
دخل في ضمانه ما هو كاين بمقابلة الثمن فما زاد على نصف الثمن يكون ربح ما لم يضمن او فيه شبهة عدم الملك
لان الملك لا يثبت له يوم قطع اليد حقيقة قال ولو باع عبد غيره بغير امره فبرهن المشتري على اقرار البايع
او رب العبد انه لم يامره بالبيع واراد رد العبد لم يقبل لبطلان دعواه بالتناقض اذ اقدامهما على العقد وهما
عاقلان اعتراف منهما بصحته ونفاذه لان الظاهر من حال العاقل المسلم مباشرة العقد الصحيح النافذ والبينة
لا تبتنى الا على دعوى صحيحة فاذا بطلت الدعوى لا يقبل وهذا اشكل بما ذكر في الزيادات ان المبيع اذا ادعاه
رجل فصدقه المشتري في دعواه فاخذه المستحق باقراره ثم اقام المشتري البينة على اقرار البايع بان العبد للمستحق
يريد بذلك ان يثبت له حق الرجوع بالثمن تقبل بينته وفرقوا بينهما بان العبد في يد المشتري في المسئلة الاولى
وفي مسئلة الزيادات في يد المستحق وشرط الرجوع بالثمن ان لا تكون العين سالمة للمشتري فلذلك لم يرجع
في مسئلة الكتاب ويرجع في مسئلة الزيادات وقيل اختلف الجواب لاختلاف الموضوع فموضوع ما ذكر ههنا
فيما اذا اقام البينة على ان البايع اقر قبل البيع بان المبيع للمستحق واقدامه على الشراء ينفي ذلك فيكون متناقضا
فلو تقبل بينته وموضوع ما ذكر في الزيادات فيما اذا اقام البينة على ان البايع اقر بعد البيع انه للمستحق فلا
يصير متناقضا فتقبل بينته قال ولو اقر البايع في مسئلة الكتاب عند القاضي بان رب العبد لم يامره
بالبيع بطل البيع ان طلب المشتري ذلك لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار لعدم التهمة فللمشتري ان يساعده
فيه فيتحقق الاتفاق بينهما فينتقض في حقهما لا في حق رب العبد ان كذبهما وادعى انه كان امره فاذا لم ينفسخ
في حقه يطالب البايع بالثمن عندهما لانه وكيله وليس له ان يطالب المشتري لانه برئ بالتصادق وعند ابي يو

ينعقد صح

اي المشتري من الغاصب

البيع وقال بعتني هذا العبد بغير امر صاحبه وجحد البايع ذلك وقال بعتك باذن مالكه واقام بينة مسكين

سواء بان المالك لم يامره بالبيع او كما لا يخفى

له ان يطالبه فاذا ادى رجع به على البايع وهذا بناء على ان ابراء الوكيل المشتري عن الثمن صحيح عندهما
ويضمن للموكل وعنده لا يصح ولو كان بالعكس بان انكر المالك التوكيل وتصادقا انه وكيله فان اقام الوكيل
البينة لزمه والا استحلف المالك فان حلف لم يلزمه وان نكل لزمه لان النكول كالاقرار ولو غاب المالك بعد
الانكار وطلب البايع الفسخ فسخ القاضي بينهما لانه ثبت عند القاضي ان البيع كان موقوفا فان طلب المشتري تاخير
الفسخ ليحلف المالك على انه لم يامره لم يؤخر لان سبب الفسخ قد تحقق فلا يجوز تاخيره لاجل اليمين فلو حضر المالك
وحلف اخذ العبد وان نكل عاد البيع ولو كان المالك حاضرا وغاب المشتري لم ياخذ العبد لان البيع صح ظاهرا
فلا يصح القضاء على الغايب بفسخه وللبايع ان يحلف رب العبد انه ما امره ببيعه فان نكل ثبت امره وان حلف
ضمن البايع ونفذ بيعه كالغاصب اذا باع المغصوب ثم ملكه باداء الضمان ولو مات المالك قبل حضوره
فورثه البايع واقام بينة على اقرار المالك بانه لم يامره لم يقبل لما بينا من التناقض ولو اقامها على اقرار مشتريه
بذلك بعد موته تقبل بخلاف ما اذا اقامها على الوجه حال حياة المالك فانها لا تقبل لانه في حال حياته اصل فيه
فيمتنع بالتناقض وبعد موته نايب عن الميت والميت لو ادعى بنفسه حال حياته لا يكون مناقضا فكذا نايبه
ولو ورثه البايع وغيره فان ادعى غيره جحود المالك يسمع لانه لم يسبق منه ما يجعله مناقضا بخلاف شريكه
البايع حيث يكون مناقضا ولمشتريه ان يحلفه بالله ما يعلم ان المولى امره ببيعه فان نكل ثبت الامر وان حلف
اخذ نصف العبد ورجع المشتري على البايع بنصف الثمن وخير في النصف الاخر لتفرق الصفقة عليه هذا اذا اقر
المشتري بان العبد ملك الامر وان انكر لغا قول الامر حتى يقيم البينة على ملكه ولغا توكيل بايعه في خصومته
لئلا يصير البايع ساعيا في نقض ما اوجبه قال ومن باع دار غيره فادخلها المشتري في بنائه لم يضمن البايع
ومعنى المسئلة اذا باع دار غيره بغير اذنه ثم اعترف البايع بالغصب وانكر المشتري لم يضمن البايع الدار
لان اقرار البايع لا يصدق على المشتري ولا بد من اقامة البينة حتى ياخذها فاذا لم يقم المستحق وهو صاحب الدار
البينة كان التلف مضافا الى عجزه عن اقامة البينة لا الى عقد البايع لان الغاصب لا يجوز بيعه فعلى هذا اللفظ
يعلم ان قوله وادخلها المشتري في بنائه وقع اتفاقا اذ لا تاثير للادخال في البناء في ذلك

باب السلم

وهو بمعنى السلف لغة فانه اخذ عاجل باجل وسمي هذا العقد به لكونه معجلا على وقته فان اوان البيع بعد وجود
المعقود عليه في ملك العاقد والسلم يكون عادة عما ليس بموجود في ملكه فيكون العقد معجلا وينعقد بلفظ
السلم ولا ينعقد بلفظ البيع في رواية الحسن لانه ورد بلفظ السلم على خلاف القياس فلا يجوز بغيره وفي رواية
الحسن ينعقد وهو الاصح لانه بيع الا ترى انه عليه السلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم وهو مشروع
بالكتاب والسنة واجماع الامة قال ابن عباس رضي الله عنهما اشهد ان الله تعالى احل السلم المؤجل وانزل فيه اطول اية
وتلا قوله تعالى يا ايها الذين امنوا اذا تداينتم بدين الى اجل مسمى فاكتبوه وقد روينا انه عليه السلام نهى عن بيع
ما ليس عند الانسان ورخص في السلم والقياس يابى جوازه لان المسلم فيه مبيع وهو معدوم وبيع موجود غير مملوك
او مملوك غير مقدور التسليم لا يجوز فبيع المعدوم اولى ان لا يجوز ولكن تركناه بما ذكرنا قال ما امكن ضبط
صفته ومعرفة قدره صح السلم فيه لانه لا يفضي الى المنازعة وقد قال عليه السلام من اسلم في تمر فليسلم في كيل معلوم
ووزن معلوم الى اجل معلوم رواه مسلم والبخاري والضبط يكون بمعرفة القدر وقد شرطه عليه السلام
قال وما لا فلا اي ما لا يضبط صفته ولا يعرف مقداره لا يجوز السلم فيه لانه دين وهو لا يعرف الا
بالوصف فاذا لم يمكن ضبطه به يكون مجهولا جهالة تفضي الى المنازعة فلا يجوز كساير الديون قال
فيصح في المكيل والموزون المثمن لما روينا ولما بينا من المعنى واحترز بقوله المثمن من الدراهم والدنانير لانهما
اثمان وليسا بمثمن حتى لو اسلم فيهما لا يصح سلما لان السلم تعجيل الثمن وتاخير المبيع ولو جاز فيهما لانعكس
فاذا لم يقع سلما يكون باطلا عند عيسى بن ابان وقال الاعمش يكون بيعا بثمن مؤجل تحصيلا لمقصود المتعاقدين

اي بان المالك لم يامره

اي يحلف الوارث البايع

ثم لما كان السلم بيعا من وجه جعله المص من توابع كتاب البيع واعلم ان بيع العين بالدين عزيمة وبيع الدين بالعين رخصة ولما فرغ من بيان الاصل شرع في التابع وهو السلم ثم السلم لغة هو الاستعجال وشرعا بيع الشيء على ان يكون دينا على البايع بالشرايط المعتبرة واختص هذا النوع من البيع بهذا الاسم لاختصاصه بحكم يدل عليه وهو تعجيل احد البدلين قبل حصول البيع فالمبيع يسمى مسلما فيه والثمن راس المال والبايع مسلما اليه والمشتري رب السلم ومعنى قولنا اسلم الثمن فيه والهمزة للسلب اي ازال سلامة الدراهم بتسليمه الى المفلس وقيل السلم والسلف بمعنى مسكين

يجب الامكان والعبرة في العقود للمعاني وقول علي اصح لان المعقود عليه في السلم المسلم فيه وانما يصح العقد
في محل اوجبا العقد فيه وذلك غير ممكن ولا وجه الى تصحيحه في محل اخر لانهما لم يوجبا العقد فيه وهذا
الخلاف فيما اذا اسلم فيهما غير الاثمان واما اذا اسلم الاثمان فيهما كالدراهم في الدنانير او بالعكس فلا يجوز بالاجماع
لما عرف ان القدر بانفراده يحرم النساء ولو اسلم في المكيل وزنا كما اذا اسلم في الحنطة والشعير بالميزان روى الطحاوي
عن اصحابنا انه يجوز لان الكيل والوزن انما يشترط ليصير معلوم القدر لا لنفي الربوا لانه لا يقابل بجنسه لان
المودى عين الواجب حكما في باب السلم فيكون بدلا عن راس المال ولا ربوا بينهما وروى الحسن عن اصحابنا انه
لا يجوز لان المسلم فيه دين في الذمة والمودى عين والعين غير الدين حقيقة فيكون المودى بدلا عن الواجب في الذمة
حقيقة وان كان عينه حكما فيكون مشتريا الحنطة بالحنطة فلا يجوز الا كيلا وعلى هذا الخلاف لو اسلم في الموزون
كيلا قال رح في العددي المتقارب كالجوز والبيض لانه معلوم مضبوط فاشبه المكيل والموزون ويستوي
فيه الكبير والصغير لاصطلاح الناس على اهدار التفاوت ولهذا يستوي قيمتهما فصار بذلك من ذوات الامثال
بخلاف البطيخ والرمان لان احادها متفاوتة ولهذا تختلف في القيمة وبها يعرف التفاوت والتساوي وعن
ابي حنيفة انه لا يجوز في بيض النعامة لتفاوت احاده في المالية ويجوز السلم في هذه الاشيا كيلا ايضا وقال زفر
لا يصح كيلا لانه عددي ليس بمكيل فلا يصح اذ المعتبر فيما لا نص فيه العادة وعنه لا يصح عددا ايضا لانه يودي
الى النزاع في التسليم والتسلم بسبب التفاوت وان كان يسيرا فصار كالسفرجل والقثا ولنا ان المقدار يعرف
بالكيل تارة وبالعد اخرى فتنقطع المنازعة بينهما بذكر احدهما فيهما كان اذا كان يعرف قدره بهما قال رح
والفلس لانه عددي يمكن ضبطه فيصح السلم فيه وقيل عند محمد لا يجوز السلم فيه لانه ثمن ما دام يروج والمسلم
فيه مبيع فلا يصح فيه كالنقدين واذا كسد صار قطعة نحاس فلا يجوز السلم فيه عددا ولنا ما ذكرنا انه يمكن
ضبطه به فيصح كساير المعدودات وهذه المسئلة مبنية على ان اصطلاح الناس على الثمنية لا يبطل باصطلاحهما
عنده وعندهما يبطل على ما ذكرنا في بيع الفلس بالفلسين وذكرنا الفرق هناك بين الفلوس والنقدين قال رح
واللبن والاجر ان سمي ملبن معلوم لان احادهما لا تختلف اختلافا يفضي الى المنازعة بعد ذكر الالة قال رح
والذرعي كالثوب ان بين الذراع والصفة والصنعة لانه يصير معلوما بذكر هذه الاشيا فلا يودي الى النزاع
وان كان ثوب حرير يباع بالوزن لا بد من بيان وزنه مع ذلك لانه يصير معلوما به قال رح لا في الحيوان
وقال الشافعي يجوز السلم فيه اذا بين الجنس والسن والنوع والصفة لما روي انه عليه السلام استقرض بكرا ورد
رباعيا ولان بعد بيان ما ذكرنا من الاوصاف الجهالة تقل فلا تفضي الى المنازعة كما في الثياب ولنا ما روي
انه عليه السلام نهى عن السلم في الحيوان ولانه يتفاوت احاده تفاوتا فاحشا بحيث لا يمكن ضبطه الا ترى ان العبدين
يستويان في الجنس والسن ويتفاوتان في قيمتهما لاختلاف المعاني الباطنة كالكياسة وحسن الخلق والخلق والسيرة
والفصاحة والامانة والشدة قال [illegible] الا رب فرد يعدل الالف زايدا ● والف تراهم لا يساوون واحدا وكذا
ساير الحيوان يختلف اختلافا يودي الى اختلاف المالية فلا يجوز السلم فيه كما في الجلغات والجواهر بخلاف الثياب
لانه مصنوع العباد والعبد انما يصنع باله فاذا اتحدت الالة والصانع يتحد المصنوع والتفاوت اليسير
بعده لا يضر وما روي انه عليه السلام استقرض بكرا فالمراد به انه عليه السلام استعجل في الصدقة ثم اوجب الزكاة
على صاحبها ذهبا رباعيا او استقرض لبيت المال لانه يجوز ان يثبت حق مجهول على بيت المال كما يجب له
حق مجهول وما روي انه عليه السلام اشترى بعيرا ببعيرين الى اجل كان قبل نزول اية الربوا لان الجنس بانفراده
يحرم النساء او كان ذلك في دار الحرب اذ لا يجري الربوا بين المسلم والحربي في دار الحرب على ما بينا من قبل ويدخل
فيه جميع انواع الحيوانات حتى العصافير لان النص لم يفصل قال رح واطرافه يعني لا يجوز السلم في اطراف
الحيوان كالراس والاكارع للتفاوت الفاحش وعدم الضابط ثم قيل هذا قول ابي حنيفة رح وعندهما يجوز

كما في اللحم وقيل لا يجوز بالاتفاق والفرق لهما بينه وبين اللحم ان المسلم فيه هو اللحم دون العظم والعظم
في الراس وفي الاكارع اكثر من اللحم او مساو له ولا يمكن ان يجعل تبعا للحم فيبقى معتبرا ولا يدرى قدره فيصير
قدر المسلم فيه وهو اللحم مجهولا واما العظم الذي في اللحم فقليل فامكن جعله تبعا للحم لقلته كما في عظم الالية
ولو اسلم فيه وزنا اختلفوا فيه قال رح والجلود عددا اي لا يجوز السلم فيه وكذا في الورق لا يجوز للتفاوت
الفاحش فيهما الا ان يبين فيهما ضربا معلوما طولا وعرضا وصفة معلومة من الجودة والرداة فحينئذ يجوز
السلم فيهما لامكان ضبطهما وكذا اذا كانا يباعان وزنا يجوز السلم فيهما بالوزن قال رح والحطب حزما
والرطبة جرزا لانه مجهول لا يعرف طوله وغلظه حتى لو عرف ذلك بان بين الحبل الذي يشد به الحطب والرطبة
وبين طوله وضبط ذلك بحيث لا يودي الى النزاع جاز قال رح والجوهر والخرز لان احادها متفاوتة
تفاوتا فاحشا وفي صغار اللولو التي يباع وزنا يجوز السلم فيها بالوزن لانه مما يباع بالوزن فامكن معرفة
قدره به قال رح والمنقطع اي لا يجوز السلم في الشيء المنقطع لان شرط جوازه ان يكون موجودا من حين
العقد الى حين المحل حتى لو كان منقطعا عند العقد موجودا عند المحل او بالعكس او منقطعا فيما بين ذلك
لا يجوز وحد الانقطاع ان لا يوجد في الاسواق وان كان في البيوت وقال الشافعي رحمه الله يجوز في المنقطع اذا
كان موجودا عند المحل لوجود القدرة عند وجوبه ولا معنى لاشتراطه قبل ذلك ولنا ما روي عن انس
رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمرة حتى تزهي قالوا وما تزهي قال تحمر وقال اذا منع الله
الثمرة فبم يستحل احدكم مال اخيه رواه مسلم والبخاري وعن ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار
حتى يبدو صلاحها نهى البايع والمبتاع رواه البخاري ومسلم وجماعة اخر وفي لفظ حتى يبيض ويامن
العاهة وهذا نص على انه لا يجوز في المنقطع في الحال اذ الحديث ورد في السلم لان بيع الثمار بشرط القطع جايز
لا يمنع احد بيع مال معين منتفع به في الحال او في المال وقوله عليه السلام فبم يستحل احدكم مال اخيه وهو راس
مال السلم يدل عليه لان احتمال بطلان البيع بهلاك المبيع قبل القبض لا يوثر في المنع من البيع ولان القدرة
على التسليم حال وجوبه شرط لجوازه وفي كل وقت بعد العقد يحتمل وجوبه بموت المسلم اليه لان الديون تحل
بموت من عليه الدين فيشترط دوام وجوده لتدوم القدرة على التسليم لان جوازه على خلاف القياس فيجب الاحتراز
فيه عن كل خطر يمكن وقوعه لان المحتمل في باب السلم كالواقع ولان القدرة على التسليم بالتحصيل في المدة ولا
بد من استمرار الوجود فيها ليتمكن من التحصيل ولو انقطع عن ايدي الناس بعد المحل قبل ان يوفى المسلم فيه فرب
السلم بالخيار ان شاء فسخ العقد و اخذ راس ماله وان شاء انتظر وجوده وقال زفر يبطل العقد ويسترد
راس ماله للعجز عن تسليمه كما اذا هلك المبيع قبل القبض قلنا ان السلم قد صح وتعذر تسليم المعقود عليه بعارض
على شرف الزوال فيتخير فيه كما اذا ابق العبد المبيع قبل القبض بخلاف هلاك المبيع قبل القبض لانه قد فات لا الى
خلف وبخلاف ما اذا اشترى بالفلوس شيئا وكسدت حيث يبطل البيع به لانها تفوت اصلا ولا يرجى رواجه
ولو رجي لا يعلم متى يروج بخلاف ما نحن فيه فان لادراك الثمر القدرة على التسليم اوانا معلوما فيتخير
قال رح والسمك الطري اي لا يجوز السلم في السمك الطري لانه ينقطع عن ايدي الناس في الشتا لانجماد المياه حتى
لو كان في بلد لا ينقطع فيه السمك او اسلم في حينه جاز وزنا لا عددا وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يجوز في الكبار
التي تنقطع كالسلم في اللحم لاختلاف الناس في نوع عظمها واختلاف رغباتهم في مواضعها قال رح وصح وزنا
لو مالحا اي ان كان السمك مالحا جاز السلم فيه وزنا لا عددا لان المالح منه وهو القديد لا ينقطع عن ايدي
الناس وهو معلوم يمكن ضبطه ببيان قدره بالوزن وبيان نوعه وذكر في النهاية معزيا الى الايضاح ان
الصحيح في الصغار منه يجوز وزنا وكيلا وفي الكبار روايتان قال رح واللحم اي لا يجوز السلم في اللحم وهذا
عند ابي حنيفة وقالا يجوز ان بين جنسه ونوعه وسنه وموضعه وصفته وقدره كشاة خصي ثني سمين

اللحم مثلي

من الجنب او الحنطة ماية رطل لانه موزون مضبوط الوصف ولهذا يضمن بالمثل عند الاتلاف وفي الصحيح استقراضه
وزنا وهو لا يجوز الا في ذوات الامثال ويجري فيه ربوا الفضل بعلة الوزن فصار كالالية والشحم بخلاف لحم الطيور
فانه لا يقدر على وصف موضع منه وتضمنه غير مقصود وهو العظم لا يمنع الجواز كتضمن النوى والمشمش والخوخ النوى
وكتضمن الالية العظم ولابي حنيفة رواه ان اللحم يختلف باختلاف صفته من سمن وهزال ويختلف باختلاف
فصول السنة فانه بعد سمينا في الشتاء يعد مهزولا في الصيف ولانه يتضمن عظاما غير معلومة ويجري فيه المماكسة
فالمشتري يامره بالنزع والبايع يدسه فيه وهذا النوع من الجهالة والمنازعة لا يرتفع ببيان الموضع وذكر
الوزن فصار كالسلم في الحيوان بخلاف النوى في الثمار او العظم في الالية فانه معلوم ولهذا لا يجري فيه المماكسة
وفي مخلوع العظم لا يجوز على الوجه الاول وهو الاصح لان الحكم اذا علل بعلتين لا ينتفي الحكم بانتفاء احداهما
لما عرف في موضعه والتضمين بالمثل ممنوع فانه من ذوات القيم في رواية بيوع الجامع وكذا لا يجوز استقراضه
ولئن سلم فيه فيمكن ضبطه لانه معاين عند الاتلاف والاستقراض فيمكن ضبطه بالمشاهدة بخلاف الموصوف بالذمة وقيل
لا اختلاف بينهم بجواب ابي حنيفة فيما اذا اطلق السلم في اللحم وجوابهما لا يجوز لانه فيه وجوابهما فيما اذا بين
موضعا معلوما وهو يجوز فيه والاصح ان الخلاف فيه ثابت قال رحمه الله وبمكيال او ذراع لم يدر قدره اي لا يجوز
السلم بذراع معين او بمكيال معين لا يعرف قدره لانه يحتمل ان يضيع فيؤدي الى النزاع بخلاف البيع
به حالا حيث يجوز لان التسليم فيه يجب في الحال ولا يتوهم فوته وفي السلم يتاخر التسليم فيخاف فواته وقد
ذكرنا في اول البيوع وفي الهداية ولا بد ان يكون المكيال مما لا ينقبض ولا ينبسط كالقصاع مثلا وان كان
مما ينكبس كالزنبيل والجراب لا يجوز للمنازعة الا في قرب الماء للتعامل فيه كذا عن ابي يوسف وهذا لا يستقيم
في السلم لانه ان كان لا يعرف قدره فلا يجوز السلم به كيف ما كان لما ذكرنا وان كان يعرف قدره فالتقدير به لبيان
القدر لا التعيين فكيف يتاتى فيه الفرق بين المكبس وغير المكبس او التجويز في قرب الماء وانما يستقيم هذا التفصيل
في البيع اذا كان يجب تسليمه في الحال حيث يجوز باناء لا يعرف قدره ويشترط ذلك الاناء ان لا ينكبس ولا ينبسط
وينبغي فيه استثناء قرب الماء ايضا قال رحمه الله وبرقية وتمر نخلة معينة اي لا يجوز السلم فيهما لاحتمال ان
يعتريها افة فلا يقدر على تسليمها واليه اشار عليه السلام بقوله اذا منع الله الثمرة فبم يستحل احدكم مال اخيه
ولو كان النسبة لبيان النوع بان كان له نظير فلا باس به وكذا اذا نسبه الى اقليم لا يتوهم انقطاعه كالشام
والعراق قال رحمه الله وشرطه بيان الجنس والنوع والصفة والقدر والاجل كقوله حنطة سقية جيدة عشرة
اكرار الى شهر لان الجهالة تنتفي بذكر هذه الاشياء وقال الشافعي الاجل ليس بشرط لجوازه لما روي انه عليه السلام
نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم مطلقا واشتراط الاجل فيه زيادة على النص ولانه بيع ما في
الذمة فيصح حالا كالمعين والمعنى فيه انه معاوضة مال بمال فيكون فيه الاجل جائزا لا شرطا كغيره من
انواع البيوع والاجارات ولان الظاهر ان العاقل لا يلتزم ما لا يقدر عليه فكان قادرا على تسليمه ظاهرا وذلك
يكفي لجواز العقد ولو لم يكن قادرا على التسليم كان قادرا بما يدخل في ملكه من راس المال بواسطة التحصيل
به ولهذا اوجبنا تسليم راس المال على رب السلم اولا قبل قبض المسلم فيه بخلاف الكتابة على اصله فانه يخرج
من يد مولاه لا يملك لشيء ولا يقدر على الاداء في الحال فيشترط فيها التاجيل ليتمكن من التحصيل ولنا قوله
عليه السلام من اسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم فشرط فيه اعلام الاجل كما شرط اعلام القدر
فكان لازما كالقدر وهذا لان المشروع بصفة لا يوجد بدون تلك الصفة كالصلاة شرعت بوضوء فلا توجد
بدونه والرهن شرع مقبوضا فلا يوجد بدونه وهو نظير من قال من دخل داري فليدخل غاض البصر لا يجوز
له ان يدخلها الا وهو كذلك وكمن قال من اراد ان يصلي فليتوضا وما رواه حكاية حال ولا عموم لها لاحتمال
ان يكون المرخص هو الموجل ولان القدرة على تسليم المعقود عليه شرط لصحة العقد فلابد ان يثبت القدرة وهو

الواجب في الاصل تعيين المعقود

على تعريف الرخصة

الاجل الذي فيه يتمكن من تحصيله يكون شرطا ضرورة وهذا لان الواجب في الاصل هو تعيين المعقود عليه
ليكون قادرا على تسليمه بابلغ الجهات حتى اذا كان لا يقدر على تسليمه مع تعيينه كالابق ونحوه لا يجوز بيعه
فعلم بذلك ان البيع من غير تعيين المبيع او عدم القدرة على التسليم حرام وانما اجيز في السلم من غير تعيين المبيع
رخصة لاجل المفاليس لما روينا والرخصة اسم لما استبيح مع قيام الدليل المحرم والحرمة لعذر تيسيرا على العباد
والعذر هنا هو العجز عن التسليم لعسرته والعجز بسبب العدم لا يرتفع الا بالتمليك والامهال الى زمان التحصيل
او الحصاد فاسقط التعيين لحاجة المفاليس وعوض الاجل لتقوم القدرة على التحصيل ليسلم مقام القدرة على
التسليم حقيقة بخلاف الكتابة لان البدل فيها معقود به لا معقود عليه والشرط ان يقدر على تسليم المعقود عليه
لانه كالثمن حتى جاز استبداله قبل القبض والتعيين فلا يجب تعيينه حتى يقام الاجل مقام التعيين ولا يدخله
رخصة لان عدمه اصل وليس بعارض للعذر ولان الكتابة عقد ارفاق فيصير عليه المولى ظاهرا ولا يضيق
عليه المطالبة بالبدل اذ لو اراد التضييق عليه لما كاتبه اصلا لان العبد وكسبه له واما السلم فعقد تجارة وهو
مبني على المماكسة والمضايقة فالظاهر انه يطالبه به عقيب العقد وهو عاجز عن تسليمه فيوخر بالتاجيل ليتمكن
من التحصيل ولا يكون له عليه سبيل والا لزم ان يكون العوضان فيه يجب تسليمهما في المجلس كغيرهما من البياعات
ولا يمكنه من التحصيل بالمطالبة والحبس وهذا ينافي معنى الرخصة لاجل الفقر والمسكنة وما كان شرعيته الا
نفعا لهم فانقلب ضررا عليهم ولا يقال لو كان مشروعا لدفع حاجة المفاليس لما جاز لغير المفلس لانا نقول الشيء
في السلم لا يباع عادة الا باقل ولا يقدم على مثله الا المحتاج فقلنا اقدامه على هذا البيع على انه محتاج فاقيم ذلك
مقام الحاجة لتعذر الوقوف عليها كما اقيم السفر مقام المشقة والنوم مضطجعا مقام الخروج لتعذر الوقوف عليهما
وشرط ان يكون الاجل معلوما لما روينا ولانه اذا لم يكن معلوما يفضي الى المنازعة قال رحمه الله واقله شهر اي اقل الاجل
شهر روي ذلك عن محمد لان ما دونه عاجل وما فوقه اجل الا ترى ان المدين اذا حلف ليقضين دينه عاجلا فقضاه
قبل تمام الشهر بر في يمينه فاذا كان ما دون الشهر في حكم العاجل كان الشهر وما فوقه في حكم الاجل وقيل ثلثة ايام
رواه الطحاوي عن اصحابنا اعتبارا بشرط الخيار وقيل اكثر من نصف يوم لان المعجل ما كان مقبوضا في المجلس والموجل
ما يتاخر قبضه عن المجلس ولا يبقى المجلس بينهما عادة اكثر من نصف يوم وعن الكرخي ينظر الى مقدار المسلم فيه
والى عرف الناس في التاجيل في مثله فان اجل فيه قدر ما يوجل الناس في مثله جاز والا فلا والاول اصح وينبغي
قال رحمه الله وقدر راس المال في المكيل والموزون والمعدود اي شرط بيان قدر راس المال اذا كان العقد يتعلق
على مقداره مثل المكيل والموزون والمعدود وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا يحتاج الى بيان قدر راس المال اذا
كان معينا لانه صار معلوما بالاشارة فلا يشترط اعلام قدره كما في الثمن والاجرة والمذروعات والمعنى فيه
ان معرفة العوض انما تشترط احترازا عن المنازعة وجهالة قدره بعد التعيين بالاشارة لا تفضي الى المنازعة
كجهالة القيمة فلا يشترط معرفته كما لا يشترط معرفة القيمة ولابي حنيفة ان جهالة قدر راس المال قد تفضي
الى جهالة المسلم فيه بان ينفق بعضه ثم يجد بالباقي عيبا فيرده ولا يتفق له الاستبدال في مجلس الرد فينفسخ
العقد في المردود ويبقى في غيره ولا يدري قدره ليبقى العقد بحسابه فيفضي الى جهالة المسلم فيه فيجب التحرز
عن مثله وان كان موهوما الا ترى انه لا يجوز بكيل معين او وزن معين لم يعرف مقداره لتوهم هلاكه ولانه
ربما يعجز عن تسليم المسلم فيه فيحتاج الى فسخ العقد بعدما انفق راس المال فيفسخانه ولا يدري كم يرد فيفضي
الى المنازعة او الى الربوا فيجب التحرز عن كل موهوم لنزعه مع المنافي اذ هو بيع المعدوم الا ترى انه عليه السلام
قال اذا منع الله الثمرة فبم يستحل احدكم مال اخيه بخلاف ما اذا كان راس المال ثوبا لان الذرع وصف له فلا
ينقسم الثمن عليه ولا يتعلق العقد به على ما بينا من قبل فجهالته لا تودي الى جهالة المسلم فيه ومن فروعه اذا
اسلم في جنسين ولم يبين راس مال احدهما بان اسلم ماية درهم في كر حنطة وكر شعير ولم يبين حصة واحد منهما

من راس المال لانه ينقسم عليهما باعتبار القيمة وهى تعرف بالحزر فلا يكون معلوما او اسلم جنسين ولم يبين قدر
قدر راحدهما بان اسلم دراهم ودنانير فى مقدار معلوم من البرفيين قدر احدهما ولم يبين الاخر لان راس المال لا يكون
معلوما بمعرفة بعضه اذ لا يعلم به ما يخصه من المسلم فيه والمراد بالمعدود هنا ما لا يتفاوت احاده لانه حينئذ
يتعلق العقد بقدره لانه من المقدرات قال وبيان مكان الايفاء فيما له حمل من الاشياء اى شرط جوازه بيان مكان ايفاء
المسلم فيه اذا كان له حمل ومونة وهذا عند ابى حنيفة وقالا ليس بشرط ويوفيه فى موضع العقد لان التسليم متى
العقد فيتعين له موضع وجوده كما فى البيع ولهذا وجب تسليم راس مال المسلم فى ذلك المكان فكذا البدل الاخر
اذ العقد يوجب المساواة لانه السبب الموجب للاحكام المتعلقة به والتسليم من جملتها فيتعين له موضع وجوده
دلالة ما لم يعينا له مكانا اخر بالنص فيتعين له ذلك المكان لانه يفوق الدلالة بخلاف البيع حيث يبطل باشتراط
تسليم المبيع فى غير موضع العقد لان المشترى يملك المبيع بالعقد فاشتراط النقل على البائع شرط فاسد اذ العقد
لا يقتضيه او يكون اجارة فى بيع فيكون مفسدا للنهى المعروف عن صفقة فى صفقة ورب السلم لا يملك المسلم فيه
قبل التسليم فاشتراطه لا يكون اشتراط العمل فى ملكه بل فى ملك البائع وذلك غير مفسد ولانه لا يزاحمه مكان اخر
فيتعين ضرورة كاول اوقات الامكان فى الاوامر المطلقة وصار كالقرض والغصب والاتلاف ولابى حنيفة ان
تعيين مكان العقد اما بالتعيين صريحا او ضرورة وجوب التسليم عليه فى الحال ولم يوجد اذ السلم لا يجوز الا مؤجلا
فيكون التسليم مؤخرا ضرورة بخلاف البيع والاتلاف والقرض والغصب لانه واجب التسليم فى الحال فيتعين موضع
وجود السبب ضرورة ولانه لو تعين مكان العقد لما جاز تغييره بالشرط كمكان المبيع فى بيع العين ولتعين مكان
العقد فيما اذا عقد فى لجة البحر وفساده لا يخفى فاذا لم يتعين ولم يعينا مكانا اخر بقى مجهولا جهالة فاحشة تفضى
الى المنازعة فيفسد كاختلاف الصفة لان قيمة ما له حمل ومونة يختلف باختلاف الصفة الا ترى ان الحطب فى المدن
اعلى منه فى القرى ولهذا قيل ان الاختلاف فى بيان مكان الايفاء يوجب التحالف عنده كالاختلاف فى الصفة وقيل
على عكسه لان تعيين المكان قضية العقد عندهما حتى لا يحتاج فيه الى ذكره فكان اختلافا فى موجب العقد فتحالفا
كما لو اختلفا فى البدل وعنده قضية الشرط حتى احتيج فيه الى ذكره فصار كالاختلاف فى شرط الخيار والاجل وعلى هذا
الاختلاف الثمن والاجرة والقيمة اذا كان لها حمل ومونة وهى دين فى الذمة مؤجلة بان اشترى شيئا او استاجره
بحنطة فى الذمة موصوفة او اقتسما شيئا وجعلا لاحدهما مكيلا موصوفا فى الذمة الى اجل فعنده يشترط بيان
مكان الايفاء فى الصحيح حتى يفسد اذا لم يبين وعندهما لا يشترط فيسلم فى مكان البيع ومكان تسليم العين المستاجرة وفى
موضع القسمة ثم اذا عين مصرا جاز لانه مع تباين اطرافه كبقعة واحدة فى حق هذا الحكم لان قيمته لا تختلف
باختلاف المحلة من مصر واحد ولهذا لو استاجر دابة ليعمل عليها بالمصر فله ان يعمل عليها فى اى مكان شاء وقيل
هذا اذا لم يكن المصر عظيما فان كان عظيما يبلغ من نواحيه فرسخا لا يجوز ما لم يبينا ناحية منه لان جهالته مفضية
الى المنازعة ولو شرط ان يوفيه فى منزله جاز استحسانا والقياس ان لا يجوز لان المنزل مجهول وقد يبيد فلا يعلم
وجه الاستحسان انه يراد به المنزل حال حلول الاجل عادة والظاهر بقاؤه فى منزله اليه ولو شرط الحمل الى منزله
قيل يجوز لانه اشتراط الايفاء فيه وقيل لا يجوز لان الحمل لا يقتضيه العقد وانما يقتضى الايفاء وهو يتصور
بدون الحمل فيكون اشتراطه مفسدا وان شرط ان يوفيه فى موضع ثم يحمله الى منزله لا يجوز لانه يملكه بالايفاء
ثم اشتراط الحمل يكون اجارة فى بيع فلا يجوز قال وما لا حمل له يوفيه حيث شاء وهذا على اطلاقه قول
ابى حنيفة سواء بينا مكان الايفاء او لم يبينا لان ماليته لا تختلف باختلاف الاماكن فلا يفيد تعيينه فيلغوا
وقيل ان لم يبين فيه مكان الايفاء يتعين موضع العقد عنده وهو الاظهر من قولهما لانه موضع الالتزام وهو
رواية الجامع الصغير والبيوع وان بين يتعين ذلك لانه قد يفيد امن خطر الطريق فيتعين فالحاصل ان
فيما لا حمل له ولا مونة كالمسك والزعفران وما اشبههما لا يحتاج فيه الى تعيين مكان الايفاء بالاجماع وان

ف كما يختلف باختلاف مح

اختلفت رواياتهم فيه فى التخريج فى اى مكان يجب تسليمه على ما بيناه قال وقبض راس المال قبل الافتراق
اى شرط جواز السلم قبض راس المال قبل ان يفترقا والمراد شرط بقائه على الصحة لانه ينعقد صحيحا ثم يبطل
بالافتراق لا عن قبض وانما شرط قبضه قبل الافتراق لان السلم ينبئ عن اخذ عاجل باجل وذلك بالقبض قبل الافتراق
ليكون حكمه على وفق ما يقتضيه اسمه كما فى الحوالة والكفالة والصرف ولا فرق فى ذلك بين ان يكون راس المال
مما يتعين او لا لما ذكرنا ولانه فيما لا يتعين يلزم الافتراق عن دين بدين وهو منهى عنه ولانه لا بد من تسليمه
اليه ليتصرف فيه فيقدر على تسليم المسلم فيه ولهذا قلنا لا يجوز اشتراط الخيار فيه لانه يمنع تمام القبض
اذ القبض لا يتم الا اذا كان مبنيا على الملك وخيار الشرط يمنع ثبوت الملك لانه يمنع انعقاد العقد فى حق الحكم
فيمنع تمام القبض والافتراق فيه قبل تمامه مبطل للعقد وكذا لا يثبت فى المسلم فيه خيار الرؤية لانه غير مفيد
لانه دين فى الذمة فكل ما رده عليه بخيار الرؤية اعطاه غيره لكونه لا يتعين فلا يفيد بخلاف خيار العيب
فى راس المال وخيار الرؤية فيه حيث يثبتان فيه اذا كان مما يتعين بالتعيين لانهما يفيدان الفسخ بالرد
ولان خيار العيب لا يمنع تمام الصفقة بالقبض وبخلاف الاستحقاق لان الاستحقاق لو يمنع تمام القبض حتى لو
اجاز المالك العقد بعد الافتراق بعد القبض جاز لان السبب فيه مطلق وامتناع الحكم فيه ليس بمقتضى السبب
بل لحق المالك فاذا اجاز التحقت الاجازة بحالة العقد بخلاف خيار الشرط لانه يمنع انعقاده فى حق الحكم وهو
فوت الافتراق قبل القبض فيكون مبطلا ولو اسقط خيار الشرط قبل الافتراق جاز اذا كان راس المال قائما عند
اسقاط الخيار وقال زفر لا لان التمام معتبر بالابتداء وفيه خلاف زفر وهو مبنى على قاعدته ان العقد متى
وقع فاسدا لا يعود صحيحا عنده على ما بينا من قبل وجملة الشروط جمعوها فى قولهم اعلام راس المال وتعجيله
واعلام المسلم فيه وتاجيله وبيان مكان الايفاء والقدرة على تحصيله ويدخل تحت قولنا اعلام راس المال
اعلام جنسه ونوعه وصفته وقدره وكذا فى المسلم فيه والمراد بالقدرة على تحصيله ان يكون موجودا من
حين العقد الى حين المحل قال فان اسلم مائتى درهم فى كر بر مائة دين عليه ومائة نقد فالسلم فى الدين
باطل اى فى حصة الدين لانه دين بدين وصح فى حصة النقد لوجود قبض راس المال فى المجلس بقدره ولا يشيع
الفساد لانه طارى اذ السلم وقع صحيحا فى الكل ولهذا لو نقد مائتين قبل الافتراق صح لان الدين لا يتعين فى
العقد لكنه يبطل بالافتراق قبل نقد المائة الاخرى فلا يشيع البطلان الطارى كما اذا باع عبدين فهلك احدهما
قبل القبض بطل العقد فيه دون الاخر لما قلنا بخلاف ما اذا جمع بين حر وعبد فباعهما حيث يبطل فيهما لان
البطلان فيه مقارن فيكون فى العبد بيعا بالحصة ابتداء فلا يجوز لجهالة ثمنه ولان العقد لا يمكن وصفه
بالصحة والبطلان ولا فرق فى ذلك بين ان يضيف اليهما كما ذكر فى الكتاب او يضيف الى مائتين مطلقا ويجعل
المائة من راس المال قصاصا عما فى ذمته من الدين فى الصحيح لان المعنى يجمعهما وهو كون الفساد طاريا اذ الدين
لا يتعين باضافة العقد اليه الا ترى انه لو باع عبدا بدين ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل البيع ولو تعين بطل
بخلاف ما لو تبايعا عينا بدين وهما يعلمان ان لا دين حيث يبطل البيع لانه بيع بلا ثمن ولا يقال لو قال اسلمت
اليك هذه المائة والمائة التى لى على فلان يبطل العقد فى الكل وان نقد الكل لانا نقول اشتراط تسليم الثمن على
غير العاقد مفسد للعقد وفساده مقارن للعقد فيتعدى بخلاف ما نحن فيه على ما بينا ولو كان العين والدين
مختلفى الجنس بان كان له على اخر مائة درهم فاسلمها اليه وعشرة دنانير عين فى اكرار معلومة لا يجوز فى الكل
اما حصة الدين فلما ذكرنا واما حصة العين فلجهالة ما يخصه من المسلم فيه وهذا عند ابى حنيفة وعندهما
يجوز فى حصة العين وهى مبنية على اعلام قدر راس المال وقد بيناه وعن زفر ان السلم فى الكل باطل فى الجنس
الواحد ايضا لانه لما بطل فى حصة الدين وجب ان يبطل فى غيره لانه جعل القبول فيه شرطا لصحته فى الاخر
فيفسد فى الكل وجوابه ما بينا ان العقد وقع صحيحا لعدم تعيين الدين ثم فساده فى البعض لا يتعدى على

وان كان عينا فاذا اسلم اخذ عاجلا باجل
اذ الاسلام والاسلاف ينبئان عن التعجيل
فلا بد من قبض احد العوضين ليتحقق معناه
مستخلص

ما تقدم واما ما فيه ابن عباس رضي الله عنهما قال رح ولا يجوز التصرف في راس المال والمسلم فيه قبل القبض
بشركة او تولية لان المسلم فيه مبيع بدليل ما روى انه عليه السلم نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في
السلم والتصرف في المبيع المنقول قبل القبض لا يجوز على ما عرف في موضعه وراس المال مستحق القبض في المجلس
والتصرف فيه يفوت القبض المستحق فلا يجوز الا ترى الى قوله عليه السلم لا تاخذ الا سلمك او راس مالك فهذا يمنع
التصرف فيهما قطعا حيث لم يجوز اخذ غيرهما بدلا عنهما ففي التولية تمليك بعوض وفي الشركة تمليك بعضه
بعوض فلا يجوز ولان راس المال له شبه بالمبيع حتى لا يجوز تفويت القبض فيه بالتمليك او بالابراء كالمبيع
فاخذ حكمه قال رح فان تقايلا السلم لم يشتر من المسلم اليه شيئا براس المال يعني قبل قبضه بحكم الاقالة لقوله عليه السلم
لا تاخذ الا سلمك او راس مالك اي الا سلمك حال قيام العقد او راس مالك حال انفساخه فامتنع الاستبدال
ولان راس المال اخذ شبها بالمبيع لان الاقالة بيع في حق غيرهما ولا يمكن جعل المسلم فيه مبيعا لسقوطه فتعين ان
يجعل راس المال مبيعا وان كان دينا في الذمة لان كونه دينا لا ينافي ان يكون مبيعا كالمسلم فيه قبل الفسخ فصار
راس المال بعد الاقالة بمنزلة المسلم فيه قبلها فياخذ حكمه من حرمة الاستبدال بغيره ولان الاقالة لما صارت
بيعا جديدا من وجه كان حكم راس المال فيها كحكمه في البيع الاول وهو السلم تنزيلا للخلف بمنزلة الاصل
فيحرم استبداله بعد الاقالة كما كان يحرم قبلها الا انه لا يجب قبضه في المجلس بعدها كما كان يجب قبلها لان
الاقالة ليست ببيع من كل وجه ولهذا اجاز ابراؤه عنه وان كان لا يجوز قبلها وقال زفر والشافعي رحمهما الله
يجوز بيعه بعد الاقالة وهو القياس لانه لما بطل السلم بقي راس المال دينا في ذمته فيصح الاستبدال به كسائر
الديون ووجه الاستحسان ما بيناه قال رح ولو اشترى المسلم اليه كرا وامر رب السلم بقبضه قضاء لم يصح
لو قرضا او امره بقبضه له ثم لنفسه ففعل معناه ان يكيله لنفسه بعد القبض ثانيا لانه اجتمع هنا صفقتان
صفقة بين المسلم اليه وبين المشتري منه وصفقة بين المسلم اليه وبين رب السلم وكلاهما بشرط الكيل فلا بد من
الكيل مرتين قضاء للصفقتين ولم يوجد في الاولى وهو ما اذا امر المسلم اليه رب السلم بقبضه من البايع قضاء
بحقه فلم يصح ووجد في الثانية وهو ما اذا امره المسلم اليه بقبضه له بان يكيله ثم يقبضه لنفسه بالكيل ثانيا
فلهذا جاز والاصل فيه ما روي انه عليه السلم نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البايع وصاع
المشتري ومحمله على ما اذا اجتمعت الصفقتان فيه واما في صفقة واحدة فيكتفي بالكيل فيه مرة في الصحيح
فان قيل بيع المسلم اليه مع رب السلم سابق على شرا المسلم اليه من بايعه فلم يكن المسلم اليه بايعا لرب السلم
بعد الشراء فلا يدخل تحت النهي قلنا السلم وان كان سابقا فقبض المسلم فيه لاحق والمقبوض بدل عن المسلم فيه
حقيقة وان كان عينه حكما احترازا عن الاستبدال فكان بيعا حقيقة ولان استبدال المسلم فيه بجنسه جائز
الا ترى انه لو قضاه اجود مما شرطاه جاز ولو حرم الاستبدال بجنسه لما جاز فكان استبدالا حقيقة وحكما
فيثبت انه بيع جديد بعد الشراء فوجب الكيل ثانيا لاجله بخلاف ما اذا كان الكر قرضا فاشترى المستقرض كرا
فامر المقرض بقبضه قضاء بحقه يجوز وان لم يعد الكيل لان القرض اعارة حتى ينعقد بلفظ الاعارة فكان المقبوض
عين حقه تقديرا فلم يكن استبدالا اي لو كان استبدالا لزم مبادلة الجنس بجنسه نسيئة فلم تتحقق الصفقتان
فيكتفي بكيل واحد المشتري فيقبضه له ثم لنفسه من غير اعادة كيل قال رح ولو امره رب السلم ان يكيله في ظرفه
ففعل وهو غايب لم يكن قبضا بخلاف المبيع يعني لو دفع رب السلم الى المسلم اليه ظرفا مثل الغراير مثلا وامر
المسلم اليه ان يكيل الطعام المسلم فيه ويجعله في الظرف ففعل المسلم اليه ورب السلم غايب لم يكن قبضا ولو كان
مكان المسلم مشتري بان اشترى برا معينا ودفع المشتري الى البايع ظرفا وامره ان يكيله ويجعله في الظرف
ففعل البايع والمشتري غايب صح وهو المراد بقوله بخلاف المبيع والفرق ان رب السلم حقه في الذمة ولا
يملكه الا بالقبض فلم يصادف امره ملكه فلا يصح فيكون المسلم اليه مستعيرا للظرف فجعل فيه ملك نفسه كالدائن

حتى لو هلك هلك من مال المسلم اليه وهذا لان
الامر بالكيل لم يصح لانه لم يصادف ملك
الامر لان حقه في الدين دون العين فصار
المسلم اليه مستعيرا للغراير فجعل ملك
نفسه بها مستعملا

لم يجز هذا اذا كان السلم صحيحا اما اذا كان
فاسدا فطالب المسلم اليه ان يتصرف في راس
المال قبل قبضه كذا في الحواشي نقلا
عن الشرح مسكين

اذا دفع

اذا دفع كيسا الى المدين وامره ان يزن دينه ويجعله فيه فانه لا يصح والمشتري ملك الطعام بنفس الشراء فيصح
امره لمصادفته ملكه فيكون قابضا بجعله في الظرف ويكون البايع وكيلا في امساك الظرف فيكون الظرف في
يد المشتري حكما فكان الواقع فيه واقعا في يده حكما ولهذا اكتفى بذلك الكيل في الصحيح الا ترى انه لو امره بالطحن
او بالقائه في البحر ففعل يكون على الامر في الشراء ويتقرر الثمن عليه وفي السلم على المامور لما قلنا فان قيل البايع
لا يصلح ان يكون وكيلا للمشتري في القبض حتى لو وكله بالقبض نصا لا يصح توكيله ولا يكون قابضا له فكيف
يتصور ان يكون وكيلا له هنا قلنا لما صح امره لكونه مالكا له صار وكيلا له ضرورة وكم من شيء يثبت ضمنا وان
لم يثبت قصدا ولو كان رب السلم حاضرا وكاله المسلم اليه بحضرته وخلى بينه وبين الطعام يصير قابضا لان
التخلية تسليم ولو امره في الشراء ان يكيله ويجعله في ظرف البايع ففعل لم يصر قابضا لان المشتري صار مستعيرا
للظرف من البايع ولم يقبضه فلا تصح العارية لوقوفها الا تتم بدون القبض فلا يكون الواقع فيه واقعا في يد المشتري
فصار كما لو امره ان يجعله في ناحية من بيت البايع ولو اجتمع الدين والعين وكان الظرف للمشتري وامره ان
يجعلهما فيه فان بدا بالعين صار قابضا للكل اما العين فلصحة الامر به واما الدين فلانه خلطه بماله فملكه
بالاتصال به كمن دفع لصايغ فضة ليصوغها خاتما وامره ان يزيد عليه من عنده فضة ففعل وكمن استقرض من
رجل حنطة وامره ان يزرعه في ارضه قبل ان يقبضه فانه يصير قابضا له بالاتصال بملكه لانه عين ماله والخلط
باذنه بخلاف الصباغ اذا صبغ الثوب حيث لا يصير صاحبه قابضا له باتصال الصبغ بثوبه لان المعقود عليه
فيه الفعل وهو الصبغ لا العين وهو الصبغ والفعل لا يجاوز الفاعل لانه عرض لا يقبل الانتقال ولم يتصل بالثوب
فلهذا لم يصر قابضا وان بدا بالدين لم يصر قابضا لهما اما الدين فلما ذكرنا واما العين فلانه لما خلطه بملكه فقد
استهلكه قبل التسليم عند ابي حنيفة فينتقض البيع وهذا الخلط لم يرض به لجواز ان يكون مراده البداية بالعين
فلم يتيقن برضاه به حتى يكون شريكا له وعند ابي يوسف يصير قابضا لهما جميعا اذا بدا بالعين لانه لما كال الدين
اولا لم يخرج عن ملكه ولم يصر المشتري قابضا له لما قلنا ولما كال العين بعده وخلطه فيه صار قابضا للعين لما ذكرنا
والدين ايضا ضرورة اتصاله بملكه فصار كما لو بدا بالعين وقال محمد يصير قابضا للعين دون الدين لانه
لما بدا بالدين لم يملكه المشتري بل هو باق في ملك البايع وصار مستعيرا لظرفه ولما كال العين بعده وخلطه
به صار خالطا ملك المشتري وهو العين بملك نفسه وهو الدين ومستهلكا له باذنه فيشتركان فيه ولم يبرا عن الدين لعدم القضاء
بخلاف ما اذا بدا بالعين لانه صار مسلما للمشتري بوضعه في ظرفه ثم يملك الدين باتصاله بملكه بعده
وهكذا ذكره قاضيخان وذكر صاحب الهداية ان المشتري بالخيار عندهما ان شاء نقض البيع وان شاء شاركه
في المخلوط لان الخلط ليس باستهلاك عندهما قال رح ولو اسلم امة في كر وقبضت الامة فتقايلا فماتت
او ماتت قبل الاقالة بقي وصح وعليه قيمتها يعني ماتت الامة بعد الاقالة قبل ان يقبضها رب السلم بحكم الاقالة
او ماتت قبل الاقالة ثم تقايلا بعد موتها بقيت الاقالة على حالها ولم تبطل بموتها في الاولى وصحت الاقالة بعد موتها
في الثانية ويجب على المسلم اليه قيمة الجارية فيهما يوم قبضت لان شرط صحة الاقالة بقاء العقد وهو يبقى ببقاء
المعقود عليه والمعقود عليه في السلم هو المسلم فيه وهو باق في ذمة المسلم اليه بعد هلاك الجارية فصحت
الاقالة ابتداء وكذا يبقى بعد الهلاك لان البقاء اسهل من الابتداء واذا انفسخ العقد يجب عليه رد الجارية
وقد ~~[illegible]~~ عجز بموتها فيجب عليه قيمتها لقيامها مقامها كما لو تقايضا عبدا بجارية ثم تقايلا
بعد هلاك احدهما فانه يصح لبقاء احدهما ويجب رد الباقي منهما ويجب على الاخر قيمة الهالك لما قلنا
قال رح وعكسه شراؤها بالف اي عكس مسئلة السلم شراء الجارية بالف فان الحكم فيهما لو ماتت الجارية بعد
الاقالة قبل القبض بطلت الاقالة ولو تقايلا بعد هلاكها ابتداء لا يصح لان المعقود عليه فيها هي الجارية
فلا تصح الاقالة بعد هلاكها ابتداء ولا تبقى لانعدام المحل فكانت عكس الاولى بخلاف بيع المقايضة حيث

اي فيما اذا تقايلا ثم ماتت

تصح الاقالة ابتداء بعد هلاك احدهما ولا تبطل به لان كل واحد من العوضين فيه معقود عليه لكونه مبيعا
من وجه فيبقى العقد ببقاء احدهما فاصله ان هذا الجنس ينقسم الى اربعة اقسام احدها الاقالة في السلم والثاني
الاقالة في بيع المقايضة والثالث الاقالة في بيع العين بالثمن وقد ذكرنا حكم الثلاثة والرابع الاقالة في الصرف
وحكمه انهما اذا تقايلا فيه بعد هلاك احد البدلين او كليهما وهلاك البدلين او احدهما بعد الاقالة قبل التراد
صحت الاقالة لان المعقود عليه في الصرف ما وجب لكل واحد منهما في ذمة الاخر وذلك غير معين فلا يتصور
هلاكه والمقبوض غيره فلا يمنع هلاكه صحة الاقالة وهذا لان الفسخ يرد على ما ورد عليه العقد فلا يرد على المقبوض
ولهذا اذا كان المقبوض قائما كان لهما ان يردا غيره بعد التقايل قال رح والقول لمدعي الرداءة والتاجيل لا النافي
الوصف والاجل يعني اذا اختلفا في اشتراط الوصف في المسلم فيه بان قال احدهما شرطنا رديا وقال الاخر لم نشترط
شيئا او قال احدهما شرطنا الاجل وقال الاخر لم نشترط شيئا كان القول قول من يدعي اشتراط الوصف والاجل لانه
يدعي الصحة اذ السلم لا يجوز الا موجلا موصوفا فكان الظاهر شاهدا له لان الفاسد حرام والظاهر من حال المسلم
ان يجتنب الحرام ويباشر المباح ثم الاصل في جنس هذه المسائل انهما اذا اختلفا في الصحة فان خرج كلام احدهما
مخرج التعنت كان باطلا وكان القول قول من يدعي الصحة وان خرج مخرج الخصومة فكذلك عند ابي حنيفة ان اتفقا
على عقد واحد وعندهما القول للمنكر ثم تفاصيل المسئلتان تقول لو اسلم دراهم الى رجل في كر حنطة فقال
المسلم اليه شرطنا رديا وقال رب السلم لم نشترط شيئا كان القول قول المسلم اليه لان رب السلم متعنت في انكاره
الصحة اذ الظاهر مع ردائته يزيد على راس المال وكلام المتعنت مردود وفي عكسه بان ادعى رب السلم شرط الردي
وانكر المسلم اليه الشرط اصلا كان القول لرب السلم عند ابي حنيفة رحمه الله لانه يدعي الصحة وعندهما القول للمسلم اليه
لانه منكر ولو قال المسلم اليه لم يكن له اجل وقال رب السلم كان له اجل كان القول لرب السلم عندهم لان المسلم اليه
متعنت في انكاره ما ينفعه وهو الاجل وهو حق له فكان باطلا فان قيل المسلم اليه ليس بمتعنت لانه يدعي فساد
العقد وفيه نفعه لانه لا يلزمه المسلم فيه بسبب فساد العقد بل يجب عليه رد راس المال وهو اقل من المسلم فيه
عادة فوجب ان يكون القول له لا انكاره قلنا الفساد بسبب عدم الاجل مختلف فيه بين العلماء فلم يتيقن بالفساد
فلا يعتبر النفع في سقوط المسلم فيه بخلاف عدم الوصف عندهما لان الفساد فيه قطعي فيعتبر انكار المسلم اليه لانه
ليس بمتعنت لان فيه نفعه بسقوط المسلم فيه عنه ورد راس المال بخلاف انكار رب السلم فيه لانه متعنت حيث ينكر
وجوب حقه وهو المسلم فيه لانه يزيد على راس المال عادة واذا جعل القول لرب السلم يرجع في مقدار الاجل اليه ايضا
وفي عكسه بان ادعى المسلم اليه الاجل وانكره رب السلم فالقول للمسلم اليه عند ابي حنيفة وعندهما القول لرب
السلم لانه ينكر حقا عليه وهو الاجل فكان القول له وان انكر الصحة كرب المال يقول للمضارب شرطت لك نصف
الربح الا عشرة دراهم وقال المضارب شرطت لي نصف الربح ولم تزد عليه كان القول لرب المال وان كان فيه
فساد العقد لانه منكر لاستحقاق الربح عليه ولابي حنيفة رحمه الله تعالى انهما اتفقا على عقد السلم واتفاقهما
على العقد اتفاق على شرايطه لان شرط الشيء تبع له وثبوته بثبوت الاصل وانكاره الاجل بعد ذلك رجوع
منه عما اقر به فلا يقبل كالمتناكحين اذا ادعى احدهما النكاح بغير شهود والاخر بشهود كان القول لمن يدعي
النكاح بشهود بخلاف المضاربة لانهما لم يتفقا على عقد واحد لان المضاربة اذا صحت تكون شركة في الربح
واذا فسدت تكون اجارة ولئن سلمنا انهما اتفقا على عقد واحد فالمضاربة غير لازمة لان لكل واحد منهما
يتمكن من فسخها بعد العقد فيرتفع باختلافهما فاذا ارتفع بالانكار بقي مجرد دعوى المضارب في مال رب المال
فكان القول للمنكر وهو رب المال بخلاف ما اذا قال الزوج لامراته تزوجتك وانت صغيرة وقالت هي تزوجتني
وانا بالغة فان القول قولها وان كان فيه فساد العقد لانه لم يقر بالعقد بل انكره حيث اسنده الى حالة منافية
للصحة لعدم الاهلية قال رح وصح السلم والاستصناع في نحو خف وطست وقمقم اما السلم فلانه يمكن ضبط

عادة فانكار الصحة دعوى
امر يكون ضررا في حقه فكان
متعنتا مستخلص ط

فالحاصل انه في الصورتين
القول لمدعي الصحة عنده
وعندهما القول للمنكر
للحديث مستخلص

ولو اختلفا في الاجل وقال احدهما
شرطنا الاجل وقال الاخر لم نشترط
فالقول لمدعي الاجل عند ابي حنيفة
لانه يدعي الصحة وقالا القول
للمنكر للحديث مستخلص

صفقة

صفته ومعرفة قدره فوجب القول بجوازه اذا اجتمعت فيه شرايطه على ما بينا من قبل واما الاستصناع فللاجماع
الثابت بالتعامل من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا وهو من اقوى الحجج وقد استصنع رسول الله صلى الله
عليه وسلم خاتما ومنبرا وقال عليه السلام ما راه المؤمنون حسنا فهو عند الله حسن وهذا استحسان والقياس ان
لا يجوز لانه بيع المعدوم وهو منهي عنه ولكن تركنا العمل به بما ذكرنا والقياس يترك بمثله كدخول الحمام والاحتجام
باجر وطلب شربة من السقا بفلس كل ذلك جايز للتعامل وان كان القياس ياباه للجهالة لانه لا يعرف كم قدر ما
يقعد في الحمام وكم قدر ما يستعمل او يشرب من الماء وكم قدر ما يخرج من الدم اذ لا يعتبر القياس بمقابلة الاجماع
او النص وقد قال عليه السلام لا تجتمع امتي على الضلالة ولا يشكل هذا على قول ابي حنيفة في المزارعة فان التعامل
فيه موجود ومع هذا لم ياخذ به وانما اخذ بالقياس لان الخلاف فيها كان موجودا في الصدر الاول ولم يجر التعامل
فيها من غير نكير بخلاف ما نحن فيه ثم انما يجوز اذا جرى فيه تعامل وما لا تعامل فيه لا يجوز الاستصناع فيه ويكون
سلما اذا اجتمعت فيه شرايطه ثم في الصحيح ان الاستصناع يجوز بيعا وقال الحاكم الشهيد انه وعد وليس ببيع
وانما ينعقد بيعا اذا اتى به مفروغا بالتعاطي ولهذا يثبت فيه الخيار لكل واحد منهما وجه قول الجمهور
ان محمدا رحمه الله سماه شراء وذكر فيه القياس والاستحسان وفصل بين ما فيه تعامل وما لا تعامل فيه واثبت فيه
خيار الروية ولو قبض الثمن ملكه والمواعدة تجوز قياسا واستحسانا فيما فيه تعامل وما لا تعامل فيه ولا يثبت
فيه خيار الروية ولا يملك به البدل في الحال فبطل ما قاله والمعدوم قد يعتبر موجودا حكما للحاجة كطهارة
المستحاضة وعكسه الماء المستحق بالعطش وقد تحققت الحاجة هنا اذ كل واحد لا يجد خفا مصنوعا يوافق رجله
ولا خاتما يوافق اصبعه وقد يجوز بيع المعدوم للحاجة اصله بيع المنافع والمعقود عليه هو العين دون العمل
عند الجمهور وقال ابو سعيد البردعي المعقود عليه هو العمل لان الاستصناع استفعال من الصنع وهو العمل
فتسمية العقد به دليل على انه هو المعقود عليه والاديم فيه بمنزلة الالة للعمل ولهذا يبطل بموت احدهما
والاول اصح ولهذا لا يشترط ان يعمل بعد العقد حتى لو جاء به لا من صنعته او من صنعته قبل العقد فاخذه
جاز وكذا لو عمل بعده وباعه الصانع قبل ان يراه المستصنع جاز ولو كان المعقود عليه العمل لما جاز هذا كله
وكذا محمد رحمه الله قال اذا جاء به مفروغا فللمستصنع الخيار لانه اشترى ما لم يره سماه شراء واثبت فيه خيار
الروية وهو لا يثبت الا في العين وانما يبطل بموت احدهما لان الاستصناع شبيها بالاجارة من حيث ان فيه طلب
الصنع فلشبهه بالاجارة قلنا يبطل بموت احدهما ولشبهه بالبيع وهو المقصود اجرينا فيه ما ذكرنا من احكام
البيع وقيل ينعقد اجارة ابتداء وبيعا انتهاء قبل التسليم لان البيع لا يبطل بموت احدهما بل يستوفى من تركته
والاجارة لا يثبت فيها ما ذكرنا من احكام البيع فجمعنا بينهما على التعاقب لتعذر جمعهما في حالة واحدة كما قلنا
في الهبة بشرط العوض هبة ابتداء بيع انتهاء والمعنى فيه ان المستصنع طلب منه العين والدين فاعتبرناهما
جميعا توفيرا على الامرين حظهما فان قيل اذا اعتبرتم فيه معنى الاجارة ومعنى البيع وجب ان يجبر كل واحد
منهما على المضي ولا يجبر قلنا الاجارة تفسخ بالاعذار وهذا عذر لان الصانع يلزمه الضرر بقطع الصرم
فباعتباره كان للصانع فسخه وكذا البيع يثبت فيه خيار الروية فباعتباره يكون للمستصنع الفسخ اذا راى
المصنوع لانه اشترى ما لم يره على من قال بالتخيير ولان الجواز للضرورة فيظهر في حقه ولا ضرورة في حق
اللزوم فلا يظهر في حقه قال رح وله الخيار اذا راه اي للمستصنع الخيار اذا راى المصنوع لانه اشترى
ما لم يره بخلاف السلم لانه لا فائدة في اثبات الخيار فيه لانه كلما رده عليه اعطاه غيره لكونه غير متعين اذ المسلم
فيه دين في الذمة فيبقى فيهما حتى يقضيه وهنا يفيد الفسخ لانه عين يتعين بالاحضار ولا خيار للصانع
لانه باع ما لم يره وعن ابي حنيفة ان له الخيار ايضا لانه يلحقه الضرر بقطع الصرم وعن ابي يوسف انه لا خيار
لواحد منهما اما الصانع فلما ذكرنا واما المستصنع فلان في اثبات الخيار له اضرارا بالصانع فربما لا يرغب فيه

اي بعد معدوما
وان كان موجودا

يجوز بيع المعدوم للحاجة

غيره والصحيح ان المستصنع الخيار دون الصانع لانه المشترى مالم يره والصانع بايع قال رحمه الله وللصانع
بيعه قبل ان يراه لانه لا يتعين الا باختيار المستصنع وقبل ان يراه كان له ان يبيعه لعدم تعيينه واذا راه
ورضى به ليس له ان يبيعه لانه بالاحضار اسقط خياره ولزم من جانبه فاذا رضى به المستصنع ثبت اللزوم
في حقه ايضا قال رحمه الله ومؤجله سلم اى اذا اجل المستصنع صار سلما وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد ان
ضرب الاجل فيما فيه تعامل فهو استصناع وان ضرب فيما لا تعامل فيه فهو سلم لان الاستصناع فيما لا تعامل
فيه كالثياب ونحوه لا يجوز اجماعا فتعين حمله على السلم تحريا للجواز واما ما فيه تعامل كالخف ونحوه فيحتمل الوجهين
لكن لفظ الاستصناع حقيقة فيه فكان محافظة قضيتها اولى ويحمل الاجل على الاستعجال لانه محتمل يحتمل
ان يكون ذكره للتعجيل ويحتمل ان يكون للاستمهال ولفظ الاستصناع محكم فيه فيحمل المحتمل عليه ولان الاستصناع
عقد جايز غير لازم فبذكر الاجل لا يكون لازما كعقد الشركة والمضاربة ولان الاجل للترفيه وتاخير المطالبة
فلا يخرج به العقد من جنس الى جنس ولو كان الاستصناع بذكر الاجل يصير سلما لكان السلم بدون ذكر الاجل
استصناعا ولانه لو كان بذكر الاجل سلما لكان فاسدا لانه شرط فيه عمل رجل واحد وانه مفسد للسلم كاشتراط
طعام قرية بعينها ونحوه بخلاف ما لا تعامل فيه لانه لو لم يحمل على السلم لفسد الا ترى انه يفسد اذا لم يضرب
له اجل فحملناه عليه ما امكن لما ذكرنا ولابي حنيفة انه يحتمل السلم فكان حمله عليه اولى وهذا لان الجواز فيهما
على خلاف القياس للحاجة لكن جواز السلم ثبت بالكتاب والسنة المشهورة واجماع الامة فيما فيه تعامل وما لا تعامل
فيه وجواز الاستصناع ثبت بتعامل الناس والسنة الغريبة في بعض الاشيا فكان حمله على السلم اولى فيما احتملهما
لكونه اقرب الى الجواز ولهذا حمل عليه فيما لا تعامل فيه اذا ضرب له اجل لكونه اتى بحكم السلم وصرح به فكان
هو المقصود والترجيح بالمقصود اولى من الترجيح باعتبار اللفظ الا ترى ان الحوالة بشرط ان لا يبرا الاصيل
كفالة والكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة وكذا البيع للمنافع كان اجارة ولان ضرب الاجل لتاخير المطالبة
وذلك باللزوم واللزوم في السلم دون الاستصناع وذكر الصنعة لبيان الوصف فيه لا للتعيين ولهذا لو
جاء به وهو من عمل غيره جاز ويجبر على القبول فيما لا تعامل فيه ولا يلزم من كونه سلما بذكر الاجل ان يكون
السلم استصناعا بحذفه الا ترى ان النكاح بذكر الاجل يكون متعة ولا تكون المتعة بحذف الاجل نكاحا ثم المراد
بذكر الاجل ما يصلح ان يكون اجلا في السلم وقد بينا قدره من قبل وان لم يصلح فهو استصناع ان جرى فيه التعامل
والا ففاسد هذا اذا ذكر الاجل على سبيل الاستمهال وان ذكره على وجه الاستعجال بان قال على ان تفرغ عنه غدا
او بعد غد يكون استصناعا لانه للفراغ لا لتاخير المطالبة وقيل ان ذكر ادنى مدة تمكن فيها من العمل فهو
استصناع وان كان اكثر من ذلك فهو سلم ويختلف ذلك باختلاف العمل فلا يمكن تقديره بشي وعن الهندواني
ان ذكر الاجل ان كان من قبل المستصنع فهو للاستعجال فلا يصير سلما وان كان من قبل الصانع فهو للاستمهال
فيكون سلما ثم فايدة كونه سلما ان يشترط فيه شرايط السلم من قبض راس المال قبل الافتراق وعدم خيار
الفسخ لهما الى غير ذلك من احكامه لما بينا

المتفرقات

قال رحمه الله صح بيع الكلب وعن ابي يوسف
انه لا يصح بيع الكلب العقور لانه لا ينتفع به فصار كالهوام المؤذية وقال الشافعي لا يجوز بيع الكلب اصلا
لنهيه عليه السلام عن بيع الكلب وقال عليه السلام ان من السحت مهر البغي وثمن الكلب ولانه نجس العين فصار
كالخنزير ولنا ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما انه عليه السلام نهى عن بيع الكلب الا كلب صيد
او ماشية وعن ابن عمر رضي الله عنهما انه عليه السلام قضى في كلب باربعين درهما ولانه مال متقوم آلة الاصطياد
فيصح بيعه كالبازي الا ترى ان الشرع اباح الانتفاع به حراسة واصطيادا فكذا بيعا ولانه يجوز تمليكه
بغير عوض كالهبة والوصية فكذا بالعوض بخلاف الخنزير لانه نجس العين كالميتة الا ترى انه لا يجوز
الانتفاع به شرعا والكلب ليس بنجس العين وبخلاف الهوام المؤذية لانها لا ينتفع بها وما رواه الشافعي

ولو سلمنا نجم التاويل دون البيع مستخلص

محمول على ابتداء الاسلام حين كان عليه السلام يامر بقتل الكلاب لانه روي عن ابراهيم انه قال روي انه عليه السلام
رخص في ثمن كلب الصيد فلفظ الرخصة يدل على الاستباحة ولا فرق في ذلك بين جميع انواع الكلاب المعلم وغير
المعلم وشرط شمس الايمة لجواز بيع الكلب ان يكون معلما او قابلا للتعليم قال رحمه الله والفهد والسباع والطيور لانها
حيوان يجوز الانتفاع بها شرعا وتقبل التعليم عادة فجاز بيعها والحرف ان كل منتفع به شرعا في الحال او في المال
وله قيمة نحو الجحش والطفل جاز بيعه والا فلا ولهذا لا يجوز بيع حبة قمح ونقطة ماء وكف من تراب
لانه لا ينتفع بها اذ لا قيمة لها والفيل يجوز بيعه لانه منتفع به جلدا وركوبا وفي بيع القرد روايتان عن
ابي حنيفة في رواية عنه انه يجوز لانه يمكن الانتفاع بجلده وفي رواية ابي يوسف عنه انه لا يجوز لانه
للتلهي وهو محظور والصحيح الاول والهر يجوز بيعه لانه منتفع به وكل ذي ناب من السباع وذي مخلب
من الطيور يجوز بيعه لما ذكرنا الا الخنزير فانه نجس العين فلا يجوز الانتفاع به فكذا لا يجوز بيعه قال رحمه الله
والذمي كالمسلم في بيع غير الخمر والخنزير لقوله عليه السلام فاعلمهم ان لهم ما للمسلمين ولانهم مكلفون محتاجون
الى تبقية انفسهم ليتحملوا اعباء التكاليف كالمسلمين فشرع في حقهم الاسباب ليتمكنوا من تحملها بمباشرة الاسباب
لتحصيل ما تبقى به الانفس حتى لا يبقى لهم عذر في تضييع حقوق الله تعالى فكل ما جاز للمسلمين من البياعات كالصرف
والسلم وغيرهما من انواع التصرفات جاز لهم وما لا يجوز من الربوا وغيره لا يجوز لهم الا في الخمر والخنزير فان عقدهم
فيهما كعقد المسلم على العصير والشاة فيجوز فيهما ما جاز فيهما منه من السلم وغيره ولا يجوز ما لا يجوز لانهما اموال
نفيسة عندهم فيلحقان بنظيرهما من اموالنا وهذا لانا امرنا بان نتركهم وما يعتقدون وما بذلوا الجزية الا
لذلك ولهذا قال عمر رضي الله عنه في الخمور ولوهم بيعها وخذوا العشر من اثمانها والصحابة متوافرون ولم يعرف له
مخالف فصار اجماعا قال رحمه الله ولو قال بع عبدك من زيد بالف على اني ضامن لك مائة سوى الالف صح بالف وبطل
الضمان وان زاد من الثمن فالالف على زيد والمائة على الضامن يعني ان زاد هذه الكلمة بان قال بع عبدك من زيد
بالف على اني ضامن لك مائة من الثمن سوى الالف فانه يصح وتكون الالف على المشتري والمائة على الضامن
وقال زفر والشافعي لا تصح الزيادة ولا تلزمه وهذا مبني على شيئين احدهما ان الزيادة تصح وتلتحق باصل العقد
عندنا وعندهما لا تصح وقد بيناه ووجه المذهبين من قبل والثاني ان اصل الثمن لم يشرع بغير مال يقابله حتى
لا يصح اشتراطه على غير المشتري اذ لا يستفيد بازائه مالا يقابله وفضل الثمن يستغني عن مال يقابله حقيقة الا ترى
ان الزيادة تجوز من المشتري وان لم يسلم له بمقابلتها شي فكذا من الاجنبي اذ لم يسلم له شي فصارت نظير بدل الخلع
فانه يجوز اشتراطه على الاجنبي كما يجوز اشتراطه على المراة اذ لا يسلم لها شي بمقابلة البدل لان البضع
لا يتقوم حالة الخروج فاستويا فيه فكذا هنا لكن من شرط صحة الزيادة ان توجد المقابلة تسمية وصورة
حتى يجب حسب وجوب الثمن بواسطة المقابلة صورة وان لم تقابله حقيقة الا ترى انه لو باع شيا باضعاف
قيمته يجوز وان لم يقابل ما زاد على قيمته مال حقيقة وانما يقابله صورة وتسمية فاذا كان من شرطها المقابلة
صورة فان قال من الثمن فقد وجد شرطها فتصح واذا لم يقل لم توجد فلا تصح لانه يكون التزاما للمال ابتداء وهو
رشوة لان يبيعه وهو حرام فلا يصح فصار الاصل ان كل ما يحصل فيه للاصيل بمقابلته شي من البدل لا يجوز
اشتراط البدل على الاجنبي وان لم يحصل يجوز لاستوائهما في عدم الحصول فاذا جازت الزيادة من الاجنبي
لا يرجع بها على المشتري ولا تظهر في حق البايع ولا في حق الشفيع والمرابحة حتى اذا اخذ البايع الالف من المشتري
لا يحبس المبيع لاجل المائة ويرابح على الالف لانه قام عليه به ويأخذ الشفيع بالالف لان الزيادة لم تثبت
في حقه وان كانت من المشتري لعدم ولايتهما عليه ولو تقايلا البيع فللاجنبي ان يسترد الزيادة لانها من الثمن
وفي قياس قول ابي يوسف لا يسترد لان الاقالة عنده بيع جديد وكذا لو رده بعيب بغير قضاء وان كان بقضاء يسترد
لكونه فسخا بالاجماع ولو ضمن الزيادة بامر المشتري ظهرت في حق الكل حتى يرجع الضامن بها على المشتري ويرابح

اى الطريق في مثل جواز بيع ما ذكر

الحسن رح

وفضل

والمراد من المقابلة ان يقابل الزيادة مال فالزيادة لم تشرع بغير مقابلة مال مستخلص

عليهما وعلى الالف ولا يطالب المشتري بالزيادة وان كانت بامره لانه لما نفذت من جهته صار هو وكيلا فيها فترجع
اليه الحقوق او لانه لم يلتزمها وانما التزمها الاجنبي فيطالب بها هو وحده وهذا كالوكيل بالشراء فيطالب هو
فقط ثم هو يرجع به على الموكل فكذا هذا او لو رده بعيب او تقايلا يرد الزيادة على الضامن فقط لانه اخذها منه
دون المشتري وذكر في الكافي ان الشفيع ياخذها بالف ومائة فجعلها ظاهرة في حقه ايضا ولا يقال هذا مشكل
فان الزيادة اذا كانت من المشتري نفسه لم تظهر في حق الشفيع حتى كان له اخذها باصل الثمن من غير زيادة فكيف
تجب عليه الزيادة بزيادة الاجنبي والمشتري لم يلتزمها على ما بينا لانا نقول هذه زيادة ذكرت في العقد فصارت
من جملة الثمن بخلاف الزيادة بعد العقد ولو لم يقل سوى الالف بان قال بعه بالف على اني ضامن لك مائة من
الثمن يصير كفيلا بمائة من الثمن الذي هو الالف ولا تثبت الزيادة لانه يتعذر جعله زيادة على الالف حيث لم يقل
سوى الالف ويمكن ان يجعل من الثمن الواجب على المشتري فيجعل منه ثم اذا ادى رجع عليه ان كان بامره والا فلا
وقد عرف في موضعه فصار في الحاصل للمسئلة ثلاث صور احداها ان يقول بعه بالف على اني ضامن لك مائة
سوى الالف من الثمن والثانية ان يترك قوله سوى الالف والثالثة ان يترك قوله من الثمن وقد ذكرنا
الثلاثة وحكمها فافهمه وهذا كله فيما اذا كانت الزيادة في العقد واما اذا زاد الاجنبي بعد العقد فانه
لا يجوز الا باجازة المشتري او يعطي الزيادة من عنده او يضمنها او يضيفها الى نفسه وان زاده بامر المشتري
جاز ولا يلزمه شيء والمال لازم للمشتري لانه سفير فيه ومعبر فلا تلزمه الا بالضمان وهو نظير الخلع والصلح
وانما صار سفيرا لانه لا يخلو عن اضافته الى المشتري بان يقول زدتك على ثمن العين التي اشتراها منك
فلان ولا يمكنه اضافته اليه كالخلع فلا يكون مباشرا وان كان بامره بل رسولا **قال رحمه الله** ووطي زوج المشتراة
قبض لا عقده يعني لو اشترى امة وزوجها المشتري قبل القبض صح النكاح لوجود الملك في الرقبة على الكمال
بخلاف البيع لانه يبطل بالغرر ويشترط فيه القدرة على التسليم بخلاف النكاح الا ترى ان تزويج الآبق يجوز
دون بيعه ثم اذا اجاز النكاح فان وطيها كان قبضا لها لان الوطي من الزوج حصل بتسليط المشتري فصار
منسوبا اليه كانه فعله بنفسه وان لم يطاها لا يكون قبضا استحسانا والقياس ان يكون بنفس التزويج لانه
تعييب حكمي الا ترى انه لو وجد المشتراة مزوجة ردها بالعيب فصار كالتدبير والاعتاق والوطي وجه
الاستحسان انه لم يتصل بها من المشتري فعل يوجب نقصانا في الذات وانما هو عيب من طريق الحكم على معنى ان
رغبات الناس تقل فيها فينتقص الثمن لاجله فصار كنقصان السعر بخلاف الوطي لانه فعل حسي اتصل بها واوجب
نقصانا في ذاتها لان منافع البضع ملحق بالجزء ولهذا تضمن بالاتلاف فصار كما لو اتلف عضوا منها بالقطع
الا ترى انه لو اقر المشتري بدين على العبد المشتري قبل القبض لا يكون قبضا وان تعيب من جهته لوجوب
الدين عليه حكما وهذا مثله بخلاف التدبير والاعتاق لان المالية قد تلفت به بثبوت حقيقة الحرية او حقه
ومن ضرورته يصير قابضا **قال رحمه الله** ومن اشترى عبدا فغاب فبرهن البايع على بيعه وغيبته معروفة
لم يبع بدين البايع والا بيع بدينه اي اذا اشترى شخص عبدا فغاب المشتري قبل القبض واقام البايع
البينة ان هذا العبد كان له باعه من فلان وغاب قبل ان ينقد الثمن وطلب من القاضي ان يبيعه بدينه
فان غاب المشتري غيبة معروفة لم يبعه القاضي بدينه لانه يتوصل الى حقه بدون بيعه بالذهاب
اليه فلا حاجة الى بيعه لان فيه ابطال حق المشتري في العين وان لم يدر اين هو اجابه القاضي في المنقول
ان اقام بينة لان البينة هنا ليست للقضاء على غايب وانما هي لنفي التهمة وانكشاف الحال لان القاضي
نصب ناظرا لكل من عجز عن النظر ونظره هنا في بيعه لان البايع يصل به الى حقه ويبرا من ضمانه والمشتري
ايضا تبرا ذمته من دينه ومن تراكم نفقته فاذا انكشفت الحال عمل القاضي بموجب اقراره فلا يحتاج
فيه الى خصم حاضر وانما يحتاج اليه اذا كانت البينة للقضاء وهذا لان العبد في يده وقد اقر به الغايب

ای الاجنبی

ای وطی الزوج یجوز عن قبض المشتری مسکین

على وجه يكون مشغولا بحقه فيظهر الملك الغايب على الوجه الذي اقر به ولا يقدر البايع ان يصل الى حقه
فيبيعه القاضي احياء لحقه كالراهن اذا مات والمشتري اذا مات مفلسا قبل القبض بخلاف ما اذا غاب المشتري
بعد القبض حيث لا يجيبه الحاكم لان حقه غير متعلق به ولا يقال هذا بيع قبل القبض وهو غير جايز فكيف يباع
لانا نقول من مشايخنا من قال ان القاضي يوكل من يقبضه ثم يبيعه وفيه نظر لما فيه من ابطال يد البايع قبل
ايفاء الثمن والاوجه ان يقال ان البيع هنا ليس بمقصود وانما المقصود احياء حقه وفي ضمنه يصح بيعه
لان الشيء قد يصح ضمنا وان لم يصح قصدا ثم اذا بيع واوفى عنه فان فضل شيء في ذمته يمسكه للمشتري الغايب
لانه بدل ملكه وان لم يف بالدين ويبقى شيء منه تبعه البايع اذا ظفر به **قال رحمه الله** ولو غاب احد المشتريين
للحاضر دفع كل الثمن وقبضه وحبسه حتى ينقد شريكه يعني اذا اشترى رجلان شيئا فغاب احدهما قبل
القبض يكون للحاضر دفع كل الثمن وقبضه كله ثم اذا حضر شريكه فله ان يحبسه عنه حتى ينقده وهذا قول ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله تعالى وقال ابو يوسف اذا نقد الحاضر الثمن لا ياخذ الا نصيبه بطريق المهاياة وكان متبرعا فيما ادى
عن صاحبه فصار الخلاف في مواضع احدها في قبض جميع المبيع على تقدير ايفاء الثمن كله والثاني في حبس
نصيب الغايب عنه اذا حضر والثالث في الرجوع عليه بما ادى والرابع في اجبار البايع على قبول ما اداه
الحاضر من نصيب الغايب عندهما يجبر وعنده لا يجبر والخامس في اجبار البايع على تسليم نصيب الغايب من
المبيع الى الحاضر عند ايفاء الثمن كله فعندهما يجبر وعنده لا يجبر لابي يوسف ان الحاضر قضى دينا على الغايب
بغير امره فكان متبرعا فيه ولا جبر ولا رجوع في التبرعات وهو اجنبي عن نصيبه فلا يقبضه ولهذا لو كان
حاضرا يكون متبرعا بالاجماع ولو كان مضطرا لما اختلف بين حضرته وغيبته كالوكيل بالشراء وكمعير الرهن
وصاحب العلو في قضاء الدين وبناء السفل ولهما ان الحاضر مضطر الى اداء كل الثمن لان للبايع حق حبس
كل المبيع الى ان يستوفي كل الثمن فلا يكون متبرعا مع الاضطرار الى اداء نصيب شريكه ليصل الى الانتفاع بنصيبه
فيكون كمعير الرهن وصاحب العلو والوكيل بالشراء اذا ادى الثمن من ماله وانما اختلف بين حضرته وغيبته لانه
كالوكيل عن صاحبه من وجه من حيث ان ملك الغايب يثبت بقبول الحاضر لان من باع شيئا من شخصين لا يثبت الملك لا
لاحدهما الا بقبول الآخر وليس بوكيل من وجه من حيث ان كل واحد منهما لا يطالب بما يخص صاحبه من الثمن
فاشبه الاجنبي والاصل ان الشيء متى تردد بين شيئين يوفر عليه حظهما فلشبهه بالاجنبي يكون متبرعا عند
حضوره ولشبهه بالوكيل يكون مضطرا عند غيبته وهذا اولى من العكس لانه في حالة الحضرة يمكنه ان يخاصمه
الى الحاكم فلا يكون مضطرا وفي حالة غيبته لا يمكنه فجعل مضطرا فيرجع بالثمن ويحبس المبيع فيه كالوكيل بخلاف
ما استشهد به من الوكيل وغيره لانه مضطر محض وليس بمتردد بين شيئين فلا يختلف حكمه **قال رحمه الله** ومن باع
امة بالف مثقال ذهب وفضة فهما نصفان لانه اضاف المثقال اليهما على السواء فيجب من كل واحد منهما خمسماية
مثقال لعدم الاولوية فيصير كانه قال بعتك بخمسماية مثقال ذهب وخمس ماية مثقال فضة بخلاف ما اذا اشترى
جارية بالف من الذهب والفضة حيث يجب من الذهب مثاقيل ومن الفضة دراهم لانه اضاف الالف اليهما
فينصرف الى الوزن المعهود من كل واحد منهما وعلى هذا لو قال لفلان علي كر حنطة وشعير وسمسم يجب عليه من كل جنس
ثلث الكر وهذا قاعدة في المعاملات كلها كالمهر والوصية والوديعة والغصب والاجارة وبدل الخلع
وغيره من الموزون والمكيل والمعدود والمذروع **قال رحمه الله** وان قضى زيوفا عن جيد وتلف فهو قضاء يعني
اذا كان له على آخر دراهم جياد فقضاه زيوفا وهو لا يعلم فهلكت او انفقها ثم علم بالعيب فهو قضاء فلا يكون
له غير ذلك وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف يرد مثل زيوفه ويرجع بالجياد لان حق صاحب
الدين مرعي من حيث الوصف كما يراعي حقه من حيث القدر الا انه يتعذر عليه الرجوع بمجرد الجودة لانها لا قيام
لها بذاتها ولا قيمة لها اذا قوبلت بجنسها فتعين رد مثل المقبوض والرجوع بالجياد ولهما ان المقبوض من جنس

ولا يرجع عليه وهذا اذا كان الثمن حالا واما اذا كان الثمن موجلا فليس له دفعه وان حل الاجل مسكين

والمضطر يرجع واذا كان له الرجوع كان له الحبس عنه مستخلص

ولم يعبد مسكين

حقه حتى لو تجوز به في الصرف والسلم جاز ولو لم يكن من جنس حقه لما جاز لكونه استبدالا اذ هو حرام في الصرف
والسلم فاذا كان من جنس حقه كان استيفاء فلم يبق له الا الجودة وهي لا قيمة لها عند المقابلة بالجنس ولا يمكن
تداركها بايجاب الضمان عليه لان القضاء عليه بالضمان حقا له ممتنع ولان الجودة تبع فلو ينتقض القبض
في الاصل لاجلها كيلا ينعكس فيكون الاصل تبعا والتبع اصلا بخلاف الراهن اذا اتلف الرهن او المولى اذا
اتلف مال عبده المأذون المديون حيث يجب عليهما الضمان وان كان المضمون ملكا لهما لان الضمان هناك
لاجل حق الغير وهو المرتهن والغرماء فلم يكن الايجاب عليه لحقه قال رحمه الله وان افرخ طير او باض او تكنس
ظبي في ارض رجل فهو لمن اخذه لانه مباح سبقت يده اليه فكان اولى به لقوله عليه السلام الصيد لمن اخذه
والبيض صيد ولهذا يجب على المحرم الجزاء بكسره وشيه قال الله تعالى ليبلونكم الله بشيء من الصيد تناله ايديكم
ورماحكم اي البيض والفرخ وهذا اذا لم تكن ارضه مهياة لذلك وان كانت مهياة للاصطياد فهو له لان
الحكم لا يضاف الى السبب الصالح الا بالقصد الا ترى ان من نصب شبكة للجفاف فتعلق بها صيد او حفر بيرا
للماء فوقع فيه صيد لا يملكه ولا يجب عليه الجزاء ان كان محرما وان قصد به الاصطياد ملكه ووجب عليه الجزاء
ان كان محرما وعلى هذا التفصيل لو دخل صيد داره او وقع ما نثر من الدراهم في ثيابه بخلاف معسل النحل
في ارضه حيث يملكه وان لم تكن ارضه معدة لذلك لانه من انزال الارض حتى يملكه تبعا لها كالاشجار النابتة والتراب
المجتمع فيها بجريان الماء وان لم تكن معدة ولهذا يجب في العسل العشر اذا اخذه من ارض العشر قال رحمه الله ما يبطل
بالشرط الفاسد ولا يصح تعليقه بالشرط البيع والقسمة والاجارة والاجازة والرجعة والصلح عن مال والابرا
عن الدين وعزل الوكيل والاعتكاف والمزارعة والمعاملة والاقرار والوقف والتحكيم والاصل فيه ان كل ما
كان مبادلة مال بمال يبطل بالشروط الفاسدة لما روي انه عليه السلام نهى عن بيع وشرط وما كان مبادلة مال بغير
مال او كان من التبرعات لا يبطل بالشروط الفاسدة لان الشروط الفاسدة من باب الربوا وهو يختص بالمعاوضة
المالية دون غيرها من المعاوضات والتبرعات لان الربوا هو الفضل الخالي عن العوض وحقيقة الشروط الفاسدة
هي زيادة ما لا يقتضيه العقد ولا يلايمه فيكون فضل خال عن العوض وهو الربوا بعينه ولا يتصور ذلك
في المعاوضات غير المالية كالنكاح والطلاق على مال والخلع ونحو ذلك ولا في التبرعات فيبطل الشرط ويصح تصرفه
فيه الا ترى انه عليه السلام اجاز العمرى وابطل الشرط واصل آخر ان التعليق بالشرط المحض لا يجوز في التمليكات
لانه من باب القمار وانه منهي عنه وما هو من باب الاسقاط المحض الذي يحلف به يجوز تعليقه مطلقا وذلك
مثل الطلاق والعتاق وما هو من باب الاطلاقات والولايات يجوز تعليقه بالشرط الملايم وكذا التحريضات
قال عليه السلام من قتل قتيلا فله سلبه وامر رسول الله صلى الله عليه وسلم زيد بن حارثة في غزوة فقال ان قتل زيد
فجعفر وان قتل جعفر فعبد الله ابن رواحة فاذا عرفنا هذا جينا الى ما ذكر في الكتاب فنقول البيع معاوضة
مال بمال فيفسد بالشروط الفاسدة لما روينا ولا يجوز تعليقه بالشرط مطلقا ان كان الشرط بكلمة ان بان قال
بعت منك ان كان كذا ويبطل البيع به سوا كان الشرط نافعا او ضارا الا في صورة واحدة وهو ان يقول بعت
منك هذا ان رضي فلان به فانه يجوز اذا وقته بثلاثة ايام لانه اشتراط الخيار للاجنبي وهو جائز على ما
بينا من قبل وان كان الشرط بكلمة على فان كان الشرط مما يقتضيه العقد او يلايمه او فيه اثر او جرى التعامل
به كما اذا شرط تسليم المبيع او الثمن او التاجيل او الخيار لا يفسد البيع ويجوز الشرط وكذا لو اشترى النعل
على ان يحذوها البايع وان كان الشرط لا يقتضيه العقد ولا يلايمه ولا العادة جرت به فان كان فيه الشرط
منفعة لاهل الاستحقاق فسد البيع والا فلا وقد بيناه من قبل والقسمة والاجارة كذلك اما الاجارة فظاهر
لان فيها تمليك المنفعة والاجرة والقسمة فيها معنى المبادلة فصار كالبيع والرجعة استدامة الملك
فيكون معتبرا بابتدائه فلا يجوز تعليقه بالشرط كما لا يجوز تعليق ابتداء الملك به والصلح عن مال بمال معاوضة

وصورته ادعى على رجل مالا معلوما وانكر المدعى عليه او اقر فصالحه بشرط ان يقبل المدعي عليه الابن فعقد الصلح فاسد لكونه ...

مال بمال على ما يذكر في الصلح ان شاء الله تعالى فيكون بيعا والابراء عن الدين تمليك من وجه حتى يرتد بالرد وان
كان فيه معنى الاسقاط فيكون معتبرا بالتمليكات فلا يجوز تعليقه بالشرط وعزل الوكيل والاعتكاف ليسا مما يحلف
به فلا يجوز تعليقهما بالشرط والمعاملة وهي المساقاة والمزارعة اجارة لان من يجيزهما لا يجيزهما الا على اعتبار
الاجارة فيكونان معاوضة مال بمال فيفسدان بالشروط الفاسدة ولا يجوز تعليقهما بالشرط لما ذكرنا والاقرار
والوقف ليسا مما يحلف به فلا يجوز تعليقهما بالشرط لما ذكرنا وهذا لان الاقرار اخبار متردد بين الصدق والكذب
فان كان كذبا لا يكون صدقا بفوات الشرط ولا بالعكس وانما التعليق في الايجابات لتبيين انه ليس بايقاع قبل
وجود الشرط بخلاف ما اذا علق الاقرار بموته او بمجي الوقت فانه يجوز ويحمل على انه فعل ذلك للاحتراز عن
الجحود او دعوى الاجل فيلزمه للحال على ما نبينه في موضعه ان شاء الله تعالى والتحكيم لا يصح معلقا بخطر ولا
مضافا الى زمان بان قال المحكمان اذا اهل الشهر او قالا للعبد او كافر اذا اعتقت او اسلمت فاحكم بيننا وهذا عند
ابي يوسف رحمه الله وقال محمد يجوز تعليقه بالشرط واضافته الى الزمان لانه ليس فيه الا تفويض وتولية فصار كالوكالة
والامارة والقضاء ولابي يوسف ان التحكيم تولية صورة وصلح معنى اذ لا يصار اليه الا بتراضيهما لدفع الخصومة
بينهما فباعتبار انه صلح لا يصح تعليقه ولا اضافته وباعتبار انه تولية يصح فلا يصح بالشك والاحتمال
قال رحمه الله وما لا يبطل بالشرط الفاسد القرض والهبة والصدقة والنكاح والطلاق والخلع والعتق والرهن
والايصاء والوصية والشركة والمضاربة والقضاء والامارة والكفالة والحوالة والوكالة والاقالة والكتابة
واذن العبد في التجارة ودعوة الولد والصلح عن دم العمد والجراحة وعقد الذمة وتعليق الرد بالعيب
او بخيار الشرط وعزل القاضي هذه كلها لا تبطل بالشروط الفاسدة لما ذكرنا ان الشروط الفاسدة من باب الربوا
وانه يختص بالمبادلة المالية وهذه العقود ليست بمعاوضة مالية فلا تؤثر فيها الشروط الفاسدة الا ترى
انه عليه السلام اجاز العمرى وابطل شرط المعمر وكذا ابطل شرط الولاء لغير المعتق بقوله عليه السلام لعائشة رضي الله عنها
ابتاعي فاعتقي فانما الولاء لمن اعتق قاله لها حين اردت شرى بريرة الا يكون الولاء لهم لعدما اعتقتها لكن
الكتابة انما لا تفسد بالشرط المفسد اذا كان الشرط غير داخل في صلب العقد بان كاتبه على ان لا يخرج من البلد
او على ان لا يعامل فلانا او على ان لا يعمل في نوع من التجارة فان الكتابة على هذا الشرط تصح ويبطل الشرط
فله ان يخرج من البلد ويعمل ما شاء من انواع التجارة مع اي شخص شاء واما اذا كان الشرط داخلا في صلب العقد
بان كان في نفس البدل كالكتابة على خمر ونحوها فانها تفسد به وانما كانت كذلك لان الكتابة تشبه البيع
من حيث ان العبد مال في حق المولى وتشبه النكاح من حيث انه ليس بمال في حق نفسه فعملنا بالشبهين فلشبهها
بالبيع تفسد اذا كان المفسد في صلب العقد ولشبهها بالنكاح لا تبطل بالشرط الزايد ومن هذا القسم اعني من
القسم الذي لا يبطل بالشروط الفاسدة الصلح عن جناية الغصب والوديعة والعارية اذا ضمنها رجل وشرط
فيها حوالة او كفالة ذكره في النهاية في اخر كتاب الهبة ثم الشيخ رحمه الله ذكر هنا ما يبطل بالشروط الفاسدة
وما لا يبطل بها وما لا يصح تعليقه بالشرط ولم يذكر هنا ما يجوز تعليقه بالشرط ولا ما يجوز اضافته الى الزمان
ولا ما لا يجوز اضافته اليه ونحن نذكر ذلك بتوفيق الله تعالى تكملة لما ذكره من الاقسام وتتميما للفايدة
في موضعه وانما تركه الشيخ هنا لانه ذكر بعضها في اخر كتاب الاجارة فنقول اما الاول وهو ما يجوز
تعليقه بالشروط فهو مختص بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعتاق وبالالتزامات
التي يحلف بها كالحج والصلاة او التوليات كالقضاء والامارة على ما بينا واما الثاني وهو ما يجوز اضافته
الى ما يستقبل من الزمان فاربعة عشر الاجارة وفسخها والمزارعة والمعاملة والمضاربة والوكالة
والكفالة والايصاء والقضاء والامارة والطلاق والوقف لان الاجارة تتضمن تمليك المنافع وهي لا يتصور
وجودها في الحال فيكون مضافة ضرورة وهو معنى قول اصحابنا الاجارة تنعقد ساعة فساعة على حسب حدوثها

صح الشرط والكفالة والحوالة بان احال رجل رجلا على غريمه بالف درهم فقال الغريم المحال قبلت الحوالة على ان تعطيني الفا اخرى صحت الحوالة ...
وكيلي في كذا يصير وكيلا في الحال والاقالة بان اشترى رجل من اخر عبدا بالف وتقابضا ثم قال للبايع اقلني حتى ... فقال اقلت جازت الاقالة ...
ان لا يخرج من الكوفة الا باذنه فالكتابة جايزة والشرط باطل وله ان يخرج واذن العبد في التجارة بان قال لاهل العراق اذنت لهذا العبد في التجارة ...
ودعوة الولد بان قال ان كانت الجارية حاملة فهو مني صح منه مطلقا سواء كانت حاملة او لا والصلح عن دم العمد بان قال ان قدم فلا ... صالحتك عن دم ...

على ما يجي بيانه في موضعه ان شاء الله تعالى وفسخ الاجارة معتبر بالاجارة فيجوز مضافا الا ترى ان فسخ البيع وهو الاقالة معتبر به حتى لا يجوز تعليقه بالشرط ولا اضافته الى الزمان كالبيع والمزارعة والمعاملة اجارة الا ترى ان من يجوزهما لا يجوزهما الا بطريقها ويراعى فيه شرايطها والمضاربة والوكالة من باب الاطلاقات ومن جملة الاسقاطات لان تصرف الوكيل قبل التوكيل في مال الموكل كان موقوفا لحق المالك فهو بالتوكيل اسقط ذلك فيكون اسقاطا فيقبل التعليق والكفالة من باب الالتزامات فيجوز اضافتها الى الزمان وتعليقها بالشرط الملايم على ما بينا في الكفالة بخلاف الوكالة حيث يجوز تعليقه بالشرط المتعارف مطلقا لما ذكرنا والايصا بالمال او باقامة شخص مقام نفسه في التصرف لا يكون الا مضافا لان حقيقتها تمليك بعد الموت او توكيل بعد الموت فيجوز تعليقها واضافتها اما الايصا الى شخص فلانه توكيل وقد بينا انه يجوز تعليقه بالشرط واما الوصية بالمال فلان لفظها ينبئ عن التمليك بعد الموت اذ لا يتصور ان يكون الحال الا مجازا والقضا والامارة تولية وتفويض محض فجاز اضافته وتعليقه بالشرط واما الثالث وهو ما لا يصح اضافته الى الزمان فتسعة البيع واجازته وفسخه والقسمة والشركة والهبة والنكاح والرجعة والصلح عن مال والابرا من الدين لان هذه الاشيا تمليكات فلا يجوز اضافتها الى الزمان كما لا يجوز تعليقها بالشرط لما فيه من معنى القمار

كتاب الصرف

قال رحمه الله هو بيع بعض الاثمان ببعض كالذهب والفضة اذا بيع احدهما بالاخر او بجنسه هذا في الشرع وفي اللغة له تفسيران احدهما الفضل قال الخليل ومنه سمي التطوع من العبادات صرفا لانه زيادة على الفرايض قال عليه السلم من انتمى الى غير ابيه لا يقبل الله منه صرفا ولا عدلا اي نفلا ولا فرضا سمي هذا البيع به لانه لا ينتفع بعينه ولا يطلب منه الا الزيادة والثاني النقل والرد قال الله تعالى ثم انصرفوا صرف الله قلوبهم وسمي به هذا العقد لحاجة الى النقل في بدليه من يد الى يد قبل الافتراق قال رحمه الله فلو تجانسا شرط التماثل والتقابض وان اختلفا جودة وصياغة والا شرط التقابض يعني اذا بيع جنس الاثمان بجنسه كالذهب بالذهب او الفضة بالفضة يشترط فيه التساوي والتقابض قبل الافتراق ولا يجوز التفاضل فيه وان اختلفا في الجودة والصياغة وان لم يكونا من جنس واحد بان باع الذهب بالفضة يشترط التقابض فيه ولا يشترط التساوي لحديث عبادة بن الصامت انه عليه السلم قال الذهب بالذهب والفضة بالفضة الى ان قال مثلا بمثل سوا بسوا يدا بيد فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شيتم اذا كان يدا بيد رواه مسلم واحمد وغيرهما وقال عمر رضي الله عنه الذهب بالذهب مثل بمثل والورق بالورق مثل بمثل الى ان قال وان استنظرك ان يدخل بيته فلا تنظره ولانه لا بد من قبض احدهما قبل الافتراق كيلا يكون افتراقا عن دين بدين ولا بد من قبض الاخر لعدم الاولوية او تحقيقا للمساواة بينهما لان النقد خير من النسية ولا فرق في ذلك بين ان يكونا مما يتعين بالتعيين كالمصوغ والتبر او لا يتعينان كالمضروب او يتعين احدهما دون الاخر لاطلاق ما روينا ولانه ان كان مما يتعين بالتعيين ففيه شبهة عدم التعيين لكونه من جنس الاثمان خلقة ثم اختلفوا في القبض هل هو شرط صحة العقد او شرط البقاء على الصحة فقيل هو شرط الصحة فعلى هذا ينبغي ان يشترط القبض مقرونا بالعقد الا ان حالهما قبل الافتراق جعلت كحالة العقد تيسيرا فاذا وجد القبض فيه يجعل كانه وجد حالة العقد فيصح وقيل هو شرط البقا على الصحة فلا يحتاج الى هذا التقدير والشرط ان يقبضا قبل الافتراق بالابدان حتى لو ناما او اغمي عليهما في المجلس ثم تقابضا قبل الافتراق صح بخلاف خيار المخيرة لانه يبطل بالاعراض او بما يدل عليه قال رحمه الله فلو باع الذهب بالفضة مجازفة صح ان تقابضا في المجلس لان المستحق هو القبض قبل الافتراق دون التسوية لما روينا فلا يضره الجزاف وان افترقا قبل قبضهما او قبل قبض احدهما بطل لفوات الشرط وهو القبض ولهذا لا يصح فيه شرط الخيار والاجل لان الخيار يمنع استحقاق القبض ما دام الخيار باقيا لان استحقاقه مبني على الملك والخيار يمنعه وبالاجل يفوت القبض المستحق بالعقد شرعا الا اذا اسقط الخيار او الاجل في المجلس

ثم لما فرغ المصنف رحمه الله من بيان بيع ما ليس بالاثمان بالاثمان شرع في بيان بيع الاثمان بعضها ببعض وهو الصرف ... واعلم ان البيع بالنظر الى المبيع اربعة انواع بيع العين بالعين والعين بالدين والدين بالعين والدين بالدين فلما بين الثلاثة شرع في بيان الرابع وانما اخره لان بيع الدين بالدين اضعف البياعات حتى يشترط قبض البدلين في المجلس والمناسبة بينه وبين السلم ان راس المال اذا كان دراهم او دنانير يكون بيع دين بدين فتناسبا وانما سمي به لحاجة النقل في بدليه من يد الى يد والصرف هو ... في اللغة وفي الشرع هو بيع بعض الاثمان بالاثمان ...

فيعود صحيحا لزوال المفسد قبل تقرره ولو باع الفضة او الذهب بجنسه مجازفة ثم علما التساوي بينهما قبل الافتراق صح وبعده لا يصح وقال زفر يصح لان التساوي حق الشرع وقد وجد حالة العقد قلنا التسوية شرط واجب علينا فيجب تحصيله بفعلنا اما وجوده في علم الله تعالى لا يصلح شرطا للجواز لان الاحكام تبتنى على فعل العباد تحقيقا لمعنى الابتلا قال رحمه الله ولا يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه فلو باع دينارا بدراهم واشترى بها ثوبا فسد بيع الثوب لان في تجويزه فوات القبض المستحق بالعقد ولا يقال ينبغي ان يجوز العقد في الثوب كما نقل عن زفر لان النقود لا تتعين في العقود والفسوخ دينا كانت او عينا الا ترى انه لو اسلم دينا على المسلم اليه جاز السلم حتى اذا اسلم اليه رب السلم قدر الدين قبل الافتراق تم السلم ولو تعين لما صح لكونه كالئا بكالئ لانا نقول هو كذلك لا يتعين لكن المانع اشتراط تسليم الثمن على غير العاقد لان تعيين الدين يكون اشتراطا على من عليه الدين بان يوفيه وهو شرط مفسد كما اذا اشترى شيئا على ان يكون الثمن على غيره الا ترى انه لو كان له دين على شخص فاشترى به شيئا من غير من عليه الدين لا يجوز لهذا المعنى او نقول كل واحد من بدلي الصرف مبيع ولا يجوز التصرف فيه قبل قبضه هذا اذا لم يكن متعينا بالتعيين كالمضروب واما اذا كان مما يتعين كالمصوغ والتبر فانه لا يجوز بالاتفاق لانه يكون بيع المبيع قبل القبض وهو لا يجوز على ما بينا من قبل قال رحمه الله ولو باع امة مع طوق قيمة كل الف بالفين ونقد من الثمن الفا فهو ثمن الطوق وان اشتراها بالفين الف نقد والف نسية فالالف ثمن الطوق يعني لو باع امة في عنقها طوق فضة وزنه الف مثقال مع الطوق وقيمتها الف بالفي مثقال ونقد منه الفا كان المنقود ثمن الطوق وان اشتراها بالف نسية وبالف حالة كان الحال ثمن الطوق وفي عبارة الشيخ تسامح فانه قال قيمة كل الف اي قيمة كل واحد من الجارية والطوق الف درهم ولا يعتبر في الطوق القيمة وانما يعتبر القدر عند المقابلة بجنسه وكذا لا يحتاج فيه الى بيان قيمة الجارية لان قدر الطوق صار مقابلا بالطوق والباقي بالجارية قلت قيمتها او كثرت بالجواز فلا فايدة في بيان قيمتها ولا في بيان قيمة الطوق الا اذا قدر ان الثمن خلاف جنس الطوق بان كان فضة والثمن ذهب او بالعكس فحينئذ يفيد بيان قيمتهما لان الثمن ينقسم عليهما على قدر قيمتهما وكذا المراد في قوله فالالف ثمن الطوق اي الالف الحال ثمن الطوق وانما كان كذلك لان حصة الطوق يجب قبضه في المجلس لكونه بدل الصرف والظاهر منهما الاتيان بالواجب لان دينهما وعقدهما يمنعهما من مباشرة ما لا يجوز شرعا فيصرف المتاخر الى الجارية والمقبوض الحال الى الطوق لاحسان الظن بالمسلم ولو كان كل الثمن مؤجلا فسد البيع في الجميع عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يفسد في الطوق دون الجارية لان القبض ليس بشرط في حصتها فيتقدر الفساد بقدر المفسد على ما بينا ولابي حنيفة ان الفساد مقارن فيتعدى الى الجميع كما لو جمع بين حر وعبد في البيع بخلاف الفساد في المسئلة الاولى فانه طار فلا يتعدى الى غيره كما اذا اشترى عبدين فهلك احدهما قبل القبض او استحق بعده قال رحمه الله ومن باع سيفا حليته خمسون بماية ونقد خمسين فهو حصتها وان لم يبين او قال من ثمنها يعني يكون المنقود حصة الحلية وان لم يبين انه حصتها او قال خذ هذا من ثمنهما اما اذا لم يبين فلما ذكرنا ان امرهما يحمل على الصلاح واما اذا قال خذ هذا من ثمنهما فلان التثنية قد يراد بها الواحد منهما قال الله تعالى نسيا حوتهما والناسي احدهما وقال تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان والمراد احدهما وقال عليه السلم اذا سافرتما فاذنا واقيما والمراد احدهما فيحمل عليه لظاهر حالهما بالاسلام ولهذا لو قال لامراتيه اذا حضتما حيضة او ولدتما ولدا فانتما طالقتان فولدت او حاضت احداهما طلقتا لانه يراد به احدهما لاستحالة اجتماعهما في ولد واحد او حيضة واحدة بخلاف ما اذا قال ان حضتما او ولدتما فانتما طالقتان حيث يعتبر وجوده منهما للامكان وعلى هذا لو قال خذ هذا نصفه من ثمن الحلية ونصفه من ثمن السيف لا يبطل ايضا ويجعل المقبوض من ثمن الحلية لانه لو قال بان الكل ثمن السيف يكون المقبوض ثمن الحلية لان السيف مع الحلية شيء واحد فجعل المنقود عوضا منه ولان مراده ان يسلم له كل الثمن ولا يسلم له الا بهذا الطريق قال رحمه الله

ولو افترقا بلا قبض صح في السيف دون الحلية ان تخلص بلا ضرر والا بطلا يعني بطل العقد فيهما لان حصة الصرف
يجب قبضه قبل الافتراق واذا لم يقبض حتى افترقا بطل فيه لفقد شرطه وكذا في السيف اذا كان لا يتخلص الا بضرر
لتعذر تسليمه بدون الضرر فصار كبيع جذع من سقف وان كان يتخلص بدونه جاز للقدرة على التسليم فصار نظير
بيع الجارية مع الطوق وذكر في النهاية معزيا الى المبسوط فقال لو قال خذ هذه الخمسين من ثمن السيف خاصة وقال
الاخر نعم او قال لا او تفرقا على ذلك انتقض البيع في الحلية لان الترجيح بالاستحقاق عند المساواة في العقد والاضافة
والمساواة تعدم لتصريح الدافع فيكون المدفوع من ثمن السيف خاصة والقول في ذلك قوله لانه هو المملك
فيكون اعرف بجهته قال الراجي عفو ربه ينبغي ان تكون هذه كالمسئلة المتقدمة من انه ينصرف الى الحلية
على ما بينا ومن انه على التفصيل المتقدم يعني ان كانت الحلية تتخلص بغير ضرر صح في السيف خاصة والا فيبطل
في الكل لما بينا وفي المحيط لو قال هذا من ثمن النصل خاصة ينظر ان لم يمكن التمييز الا بضرر يكون المنقود ثمن
الصرف ويصحان جميعا لانه قصد صحة البيع ولا صحة له الا بصرف المنقود الى الصرف فحكمنا بجوازه تصحيحا
للبيع وان امكن تمييزها بغير ضرر بطل الصرف لانه صرح بفساد الصرف وقصد جواز البيع ويجوز البيع بدون
جواز الصرف فعلى هذا ما ذكره في المبسوط محمول على ما اذا كانت الحلية تتخلص من غير ضرر توفيقا بينه وبين ما ذكر
في المحيط هذا اذا علم ان الفضة التي هي الثمن اكثر مما في الطوق والحلية وان علم انها مثله او اقل منه لا يجوز
للربوا وان كان مجهولا لا يجوز وقال زفر يجوز لان الاصل هو الجواز والمفسد هو الفضل الخالي عن العوض فما لم
يعلم يكون العقد محكوما بجوازه وجه الاول ان العلم بالمساواة عند العقد شرط لصحة البيع وهذا لانه
يتصور ان يكون اقل منه او مثله او اكثر فجهة الفساد من وجهين فترجحت من وجهين بالكثرة والحرمة قال رحمه الله
ولو باع اناء فضة وقبض بعض ثمنه وافترقا صح فيما قبض والاناء مشترك بينهما يعني اذا باعه بفضة او ذهب
لانه صرف وهو يبطل بالافتراق قبل القبض فيتقدر الفساد بقدر ما لم يقبض ولا يشيع لانه طارئ ولا يكون
هذا تفريق الصفقة ايضا لان التفريق من جهة الشرع باشتراط القبض لا من العاقد ولا يثبت للمشتري خيار
العيب ايضا بالشركة لان الشركة حصلت من جهته وهو عدم النقد قبل الافتراق بخلاف ما اذا هلك احد
العبدين قبل القبض حيث يثبت الخيار في اخذ الباقي لانه لم يوجد منه الصنع وبخلاف ما اذا استحق بعض الاناء
على ما يجئ قال رحمه الله وان استحق بعض الاناء اخذ المشتري ما بقي بقسطه او رده لان الشركة في الاناء عيب لان
التشقيص يضره وهذا العيب كان موجودا عند البيع مقارنا له بخلاف المسئلة الاولى وهي ما اذا اشترى اناء
فضة وافترقا وقد بقي عليه بعض الثمن حيث لا يرد لان التفريط جاء من جهة المشتري على ما بينا قال رحمه الله ولو
باع قطعة نقرة فاستحق بعضها اخذ ما بقي بقسطه بلا خيار لان الشركة فيها ليست بعيب اذ التشقيص لا
يضرها بخلاف الاناء لكن ان استحق قبل القبض بعضه يثبت له الخيار لتفرق الصفقة عليه كما اذا اشترى
عبدين فاستحق احدهما قبل القبض او هلك يثبت له الخيار لتفرق الصفقة عليه قبل التمام لا من قبله
بخلاف ما اذا استحق بعد القبض لان الصفقة قد تمت بالقبض قال رحمه الله وصح بيع درهمين ودينار بدرهم
ودينارين وكر بر وشعير بضعفيهما بان يبيعهما بكري بر وكري شعير وانما جاز لانه يجعل كل جنس
مقابلا بخلاف جنسه وقال زفر والشافعي لا يجوز هذا العقد اصلا لان مقابلة الجملة بالجملة يقتضي
الانقسام على الشيوع لا على التعيين فحمله على خلاف جنسه تعيين له فلا يجوز وان كان فيه تصحيح
التصرف لان تغيير التصرف لا يجوز لتصحيح التصرف فصار كما اذا اشترى قلبا بعشرة وثوبا بعشرة ثم باعهما
مرابحة بخمسة وعشرين لا يصح وان امكن تصحيحه بصرف الربح الى الثوب وكذا لو اشترى عبدا بالف ثم
باعه قبل نقد الثمن من البائع مع عبد اخر بالف وخمسمائة لا يصح في المشترى بالف لانه اشترى ما باع باقل
مما باع وان امكن تصحيحه بصرف الالف الى المشترى وكذا لو جمع بين عبده وعبد غيره وقال بعتك احدهما

بان كانت الفضة الحلية خمسين درهما والفضة الثمن ستين درهما مسكين

لا يصح للتنكير وان امكن تصحيحه بصرفه الى عبده وكذا لو باع درهما وثوبا بدرهم وثوب ثم تفرقا قبل
القبض بطل العقد في الدرهمين لانه صرف فيهما وان امكن تصحيحه بصرف كل درهم من جانب الى الثوب
من الجانب الاخر ولنا ان صرف الجنس الى خلافه تصحيح للعقد والى جنسه فساد ولا معارضة بين
الفاسد والصحيح لان الصحيح مشروع باصله ووصفه والفاسد باصله دون وصفه ولان العقد يقتضي
مطلق المقابلة من غير ان يتعرض لقيد لا مقابلة الكل بالكل بطريق الشيوع ولا مقابلة الفرد من جنسه ولا
من خلاف جنسه لما عرف ان المطلق غير متعرض للمقيد ولكن مع هذا عند الوجود لا يوجد الا مقيدا لتعذر
وجود ذات بدون صفة وان كان اللفظ غير متعرض للصفة بل للذات فقط على ما عرف في موضعه فيحمل على
المقيد المصحح عند تعذر العمل بالاطلاق الا ترى انه لو قال عند المقابلة على ان يكون الجنس بخلاف الجنس صح
ولو كان منافيا له لما صح فكان حمله على المقيد المصحح اولى من حمله على المقيد المفسد وهو مقابلة الكل بالكل
شايعا طلبا للصحة الا ترى ان الكلام اصله ان يكون مستعملا في حقيقته ثم اذا تعذرت الحقيقة يحمل على
المجاز الممكن اذا كان لا يصح الا بالحمل عليه ولئن كان تغييرا فهو تغيير للوصف لا تغيير لاصل المقابلة اذ هي موجودة
لان اصل المقابلة فيه افادة الملك في الكل بمقابلة الكل وذلك لم يتغير والدليل على انه يحمل عليه عند التعذر
طلبا للصحة انه لو باع الجنس بالجنس بان باع دينارين بدينارين مثلا فقبض كل واحد منهما دينارا ثم
افترقا صح البيع في المقبوض كله ولو كان كما قاله لما صح الا في نصف كل واحد من المقبوضين لان مقابلة الشيوع
تقتضي ان يكون نصفه مقابلا بالمقبوض ونصفه بغير المقبوض فيبطل حصة غير المقبوض وكذا لو باع درهما
بدرهمين يبطل العقد لان الدرهم يقابل الدرهم والدرهم الاخر يبقى فضلا فلذلك لم يجز فصار كما لو باع نصف
عبد مشترك بينه وبين غيره فانه ينصرف الى نصيبه تصحيحا للعقد وكذا لو باع عبدا بالف درهم وفي البلد
نقود مختلفة فانه ينصرف الى المتعارف وما قلنا بخلاف مسئلة المرابحة فانه يصير تولية في القلب بصرف
كل الربح الى الثوب والتولية تضاد المرابحة فكان ابطالا له اصلا وفي الثانية طريق التصحيح غير متعين لانه
كما يمكن تصحيحه بصرف الالف الى العبد المشترى يمكن تصحيحه ايضا بصرف الالف ومائة اليه او الالفين
ومائتين الى غير ذلك من الصور وفي هذا نظر فان الطرق متعددة في مسئلة الكتاب ايضا فانه يجوز
بصرف الدينار الى الدينار والدرهم الى الدرهم والدينار الى الدرهم كما يجوز بصرف الدرهمين الى الدينار
والدرهم الى الدينار وجوابه انه اقل تغييرا فكان اولى وفي الثالثة اضيف البيع الى المنكر فلا ينصرف الى
المعين للتضاد بينهما اذ المنكر ليس بمحل للبيع وفي الرابعة يقع العقد صحيحا سواء كان الجنس مقابلا بالجنس
او بخلافه والفساد بعد الصحة عارض بالافتراق لا عن قبض اذ القبض شرط البقاء على الصحة وصرف الجنس
الى خلافه شرط لتصحيح العقد ابتداء وهو صحيح بدونه ولا حاجة الى الصرف الى الجنس لان الفساد بعده
موهوم لاحتمال عدم التقابض وفي الابتداء محقق فلو بدون الصرف الى الجنس لينعقد صحيحا ثم الاصل
في هذا الباب ان احد البدلين تجب قسمته على البدل الاخر وتظهر فائدته في الرد بالعيب والرجوع بالثمن
عند الاستحقاق ووجوب الشفعة فيما تجب فيه الشفعة ثم ان كان العقد مما لا ربوا فيه فان كان لا تتفاوت
احاده فالقسمة على الاجزاء وان كانت تتفاوت فالقسمة على القيمة وان كان مما فيه الربوا تجب قسمته
على الوجه الذي يصح فيه العقد لا غير قال رحمه الله واحد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار يعني يجوز فتكون
العشرة بمثلها والدينار بالدرهم تصحيحا للعقد على ما بينا قال رحمه الله ودرهم صحيح ودرهمين غلة بدرهمين
صحيحين ودرهم غلة يعني يجوز بيعه لانهما جنس واحد فيعتبر التساوي في القدر دون الوصف والغلة
هي الدراهم المقطعة وقيل هي ما يرده بيت المال ويأخذه التجار ولا تنافي لاحتمال ان تكون هي المقطعة
قال رحمه الله ودينار بعشرة عليه او بعشرة مطلقة ودفع الدينار وتقاصا العشرة بالعشرة اي يجوز ذلك

وهو ما اذا باع درهما وثوبا بدرهم وثوب ثم تفرقا قبل القبض

ومعناه ان يكون لرجل على آخر عشرة دراهم دين فباعه الذي عليه الدين دينارا بالعشرة التي عليه او بعشرة
مطلقة ودفع الدينار اليه ثم تقاصا العشرة بالعشرة فكلاهما جايز اما اذا قابل الدينار بالعشرة التي عليه
ابتداء فلانه جعل ثمنه دراهم لا يجب قبضها ولا تعيينها بالقبض وذلك جايز اجماعا لان تعيين احد العوضين
بالقبض في الصرف للاحتراز عن الدين بالدين وتعيين الآخر للاحتراز عن الربوا ولا ربوا في دين يسقط وانما الربوا
في دين يقع الخطر في عاقبته بان يتوى عليه ويسلم المقبوض عن التوى ومعلوم ان الساقط يستقين ان يد من الذي
على خطر التوى فيتحقق الفضل الا ترى انهما لو تصارفا دراهم دين بدنانير دين يصح لفوات الخطر لكون كل واحد
منهما تابتا قبل البيع وسقط بالبيع واما اذا باعه بعشرة مطلقة ثم تقاصا فالمذكور هنا استحسان والقياس
ان لا يجوز وهو قول زفر لانه يكون استبدالا ببدل الصرف لان الذي وجب بالصرف غير الذي كان عليه وهذا
لانه وجب بالصرف دين يجب تعيينه بالقبض احترازا عن الربوا والدين الذي كان عليه لا يجب قبضه فكانا غيرين
الا ترى ان المقاصة لا تقع بنفس العقد لعدم المجانسة فيكون التقاص بعد ذلك استبدالا ببدل الصرف لانه
اخذ ما في ذمته بدل ما وجب له عليه من ثمن الدينار فلا يجوز ولهذا لا يجوز في رأس مال السلم وجه الاستحسان
انهما لما تقاصا تضمن انفساخ الاول وانعقاد صرف آخر غير الاول مضافا الى العشرة الدين اذ لولا ذلك لكان
استبدالا ببدل الصرف فتثبت الاضافة اقتضاء كما لو تبايعا بالف ثم جددا بالف وخمسماية فان البيع الاول ينفسخ
ضرورة ثبوت الثاني اقتضاء فكذا هذا ولا فرق في ذلك بين ان يكون الدين موجودا قبل عقد الصرف او حصل
بعده وقيل لا يجوز التقاص بدين حادث بعد الصرف لانه يكون تقاصا بدين مستحق والاول هو الاصح لان التقاص
هو الذي يتضمن الفسخ للصرف الاول وانشاء صرف آخر فيكتفى بوجود الدين عنده لانه يكون عقدا جديدا من ذلك
الوقت من غير استناد الى ما قبله فلا حاجة الى سبق وجوبه بخلاف رأس مال السلم حيث لا يجوز جعله قصاصا بدين
آخر مطلقا سواء كان او متأخرا لان المسلم فيه دين فلو صحت المقاصة برأس المال يصير افتراقا عن دين
بدين وهو منهي عنه ولان جواز السلم مخالف القياس رخصة وهو اخذ عاجل بآجل للضرورة فاذا لم يقبض شيئا
فلا ضرورة فلا يجوز ولهذا لا يجوز اضافته الى الدين ابتداء بان يجعل الدين الذي على المسلم اليه رأس مال السلم
بخلاف الصرف **قال رحمه الله** وغالب الفضة والذهب فضة وذهب حتى لا يصح بيع الخالصة بها ولا بيع بعضها
ببعض الا متساويا وزنا ولا يصح الاستقراض بها الا وزنا لان النقود لا تخلوان عن قليل غش اذ هما لا ينطبعان عادة
بدونه وقد يكون الغش فيهما خلقة فيعسر التمييز بين المخلوط والخلقي فيلحق القليل من الغش بالرداءة
والردي والجيد منهما سواء عند المقابلة بالجنس فيجعل الغش الذي فيهما معدوما حتى لا يكون له اعتبار اصلا
بخلاف ما اذا كان الغش هو الغالب عليهما حيث يعتبر الفضة والذهب اللذان فيه على ما نذكر من الفرق من قريب
ان شاء الله تعالى **قال رحمه الله** وغالب الغش ليس في حكم الدراهم والدنانير لان العبرة للغالب في الشرع **قال رحمه الله** فصح بيعها
بجنسها متفاضلا اي بالمغشوش مثلها عددا ووزنا لان الغش من كل واحد منهما مقابل بالفضة او الذهب الذي
في الآخر فلا يضر التفاضل فيهما لاختلاف الجنس ويشترط التقابض قبل الافتراق لانه صرف في البعض لوجود
الفضة او الذهب من الجانبين ويشترط في الغش ايضا لانه لا يتميز الا بضرر بخلاف بيع درهم وثوب بدرهم
وثوب حيث لا يشترط القبض الا في الدرهمين وكذا اذا بيعت بالفضة الخالصة او الذهب الخالص لا بد ان
يكون الخالص اكثر من الفضة او الذهب الذي في المغشوش حتى يكون قدره بمثله والزايد بالغش على مثال بيع الزيتون
بالزيت والحاربة وطوقها بالفضة فاعتبر الفضة او الذهب المغلوب بالغش هنا حتى لا يجوز بيعه بجنسه
الا على طريق الاعتبار ولم يعتبر الغش المغلوب بالفضة او الذهب فجعل كان كله فضة او ذهب ومنع بيعه متفاضلا
والفرق بينهما ان الفضة المغلوبة او الذهب المغلوب موجود حقيقة حالا من حيث اللون ومآلا فانها اذا اذيبت
فان الفضة والذهب يخلصان منه بالاذابة فكانا موجودين حقيقة وحكما حتى يعتبر ما فيه من الفضة والذهب

لانه صار لكل واحد منهما على الآخر عشرة فيتقاصان وتكون هذه المقاصة فسخا للبيع الاول وهو بيع الدينار بالعشرة المطلقة وبيعا للدينار بالعشرة التي على عمرو اذ لو لم يحمل على هذا لكان استبدالا ببدل الصرف وانه لا يجوز مستخلص

بان كان عليه دين فجعله بدلا عن رأس مال السلم فانه استبدال وهو لا يجوز

وقيد بقوله او دفع الدينار لانه ما لم يدفع الدينار لا يكون له على ايد شيء مستخلص

من النصاب في الزكاة ايضا بخلاف الغش المغلوب بهما لانه يحترق ويهلك ولا لون له في الحال ايضا ولا يمكن
اعتباره اصلا حتى لو عرف ان الفضة او الذهب الذي في الغش الغالب يحترق ولا يخرج منه شيء كان حكمه كحكم النحاس
الخالص حتى لا يكون للفضة او الذهب الذي فيه اعتبار اصلا ولا يجوز بيعه بجنسه متفاضلا ان كان موزونا والربوا
ومشايخنا رحمهم الله لم يفتوا بجواز التفاضل في العطارفة والعدالي وان كان فيها الغش لانها اعز الاموال في ديارهم
في ذلك الزمان فلو ابيح التفاضل فيها لانفتح باب الربوا **قال رحمه الله** والتبايع والاستقراض بما يروج عددا او وزنا
اي بهما لان المعتبر فيما لا نص فيه العادة وهذا لانها لما كان الغالب فيها الغش صارت كالفلوس فيعتبر فيها عادة
الناس كما يعتبر في الفلوس العادة في المعاملة فيها حتى اذا كانت تروج بالوزن فبالوزن وان كانت تروج بالعدد
تعتبر بالعدد وان كانت تروج بهما فبكل واحد منهما **قال رحمه الله** ولا تتعين بالتعيين لكونها اثمانا يعني ما دامت تروج
لانها بالاصطلاح صارت اثمانا فما دام ذلك الاصطلاح موجودا لا تبطل الثمنية لقيام المقتضي **قال رحمه الله** وتتعين بالتعيين
ان كانت لا تروج لزوال المقتضي للثمنية وهو الاصطلاح وهذا لانها في الاصل هي سلعة وانما صارت اثمانا بالاصطلاح
فاذا تركوا المعاملة بها رجعت الى اصلها وان كان يأخذها البعض دون البعض فهي مثل الدراهم لا يتعلق العقد بعينها
بل بجنسها ان كان البايع يعلم بحالها وان كان لا يعلم بحالها وباعه بها على ظن انها دراهم جياد تعلق حقه بالجياد
لوجود الرضا بها في الاولى ولعدمها في الثانية **قال رحمه الله** والمتساوي كغالب الفضة في التبايع والاستقراض وفي
الصرف كغالب الغش يعني الذي استوى غشه وفضته او غشه وذهبه حكمه في التبايع والاستقراض كحكم الدراهم
التي غلب عليها الفضة حتى لا يجوز البيع بها ولا اقراضها الا بالوزن بمنزلة الدراهم الردية لان الفضة فيها موجودة
حقيقة ولم تصر مغلوبة فيجب الاعتبار بها بالوزن شرعا للخطة في سنيلها الا ان يشير اليها في المبايعة فيكون بيانا
لقدرها ووصفها كما لو اشار الى الدراهم الجيدة ولا ينتقض العقد بهلاكها قبل التسليم ويعطيه مثلها لانها
ثمن فلم تتعين وفي الصرف حكمه كحكم فضة تغلب عليها الغش حتى اذا باعها بجنسها جاز على وجه الاعتبار ولو
باعها بالفضة الخالصة لا يجوز حتى تكون الخالصة اكثر مما فيه من الفضة لانه لو غلبت لاحدهما على الآخر يجب اعتبارهما
فضار كما لو جمع بين فضة وقطعة نحاس فباعهما بمثلهما او بفضة فقط وفي فتاوى قاضيخان ان كان نصفها صفرا
ونصفها فضة لا يجوز فيه التفاضل فظاهره انه اراد به فيما اذا بيعت بجنسها وهو يخالف ما ذكرنا ووجهه ان
فضتها لما لم تصر مغلوبة جعلت كان كلها فضة في حق الصرف احتياطا **قال رحمه الله** ولو اشترى به او بفلوس نافقة
شيئا فكسد بطل البيع اي اشترى بالدراهم التي غلب عليها الغش او بالفلوس وكان كل واحد منهما نافقا حتى
جاز البيع لقيام الاصطلاح على الثمنية ولعدم الحاجة الى الاشارة لو لم يحاقيا بالثمن ثم كسدت بطل البيع وكذا
اذا انقطعت عن ايدي الناس وعلى هذا اذا باع شيئا بالدراهم ثم كسدت او انقطعت عن ايدي الناس بطل البيع
ويجب على المشتري رد المبيع ان كان قايما وان كان هالكا فمثله ان كان من ذوي الامثال والا فقيمته وهذا عند ابي حنيفة وقال
ابو يوسف ومحمد لا يبطل لان العقد قد صح لبقاء الاصطلاح على الثمنية عند وجوده وانما تعذر التسليم بعده بالكساد
وذلك لا يوجب الفساد لاحتمال الزوال بالرواج فصار كما لو اشترى شيئا بالرطب ثم انقطع عن ايدي الناس واذا
لم يبطل البيع عندهما وقد تعذر تسليمه تجب قيمته لكن تعتبر قيمته يوم البيع عند ابي يوسف لان الثمن صار مضمونا
به كالمغصوب فانه يعتبر قيمته يوم الغصب لانه مضمون به وعند محمد تعتبر قيمته يوم الكساد وهو آخر
ما يتعامل الناس بها لانه يوم الانتقال الى القيمة لان المسمى كان واجب التسليم الى ان ينقطع فاذا انقطع انتقل
الى القيمة للتعذر فتعتبر قيمته يومئذ ولابي حنيفة ان الثمنية بالاصطلاح فتبطل الثمنية لزوال الموجب
والمقتضي لها فبقي البيع بلا ثمن فيبطل ولا يقال ان العقد تناول عينها والعين باقية بعد الكساد وهي مقدورة
التسليم لانا نقول تناولها بصفة الثمنية وبعد الكساد تنعدم الصفة بخلاف انقطاع الرطب فانه يعود غالبا
في العام القابل فلم يكن هلاكا من كل وجه فلم يبطل وفي النحاس وامثاله الاصل هو الكساد لعدم الانتفاع بعينه

الغالب غشه صح لانه صار كان الحاصل انه في حكم متاع
اذا بيعت بجنسها جاز سواء كان متساويا او متفاضلا
صرفا المجلس الخلاف المجلس لكنه صرف حتى يشترط القبض
في المجلس لوجود الفضة من الجانبين فاذا شرط القبض
في الفضة يشترط في الصفر لانه لا يتميز عنها الا بضرر مستخلص

القلوس عندنا اثمان ما دامت نافقة فاذا كانت كاسدة صارت معدودة

ح

وغالب الغش وهذه دراهم ودنانير ليس في حكم الدراهم والدنانير مستخلص

فيصح بيعها متفاضلا بجنسها ويشترط التقابض في المجلس مستخلص

ولا تبطل الاقالة بهلاكها وليس المراد من هذا التبايع بيعها بجنسها واما الصرف فهو في حكم العرض عند بعض العلماء وهو اختيار الصدر الشهيد الناس حتى جاز بيعها بجنسها وقال بعضهم هي كالجياد في الصرف احتياطا كما في التبايع والاستقراض واما في حق الزكوة فقد ذكر في الينابيع ان استواء الخالص مع الغش لم يذكر في ظاهر الرواية وسمعت من بعض المشايخ ان المشايخ اختلفوا في هذا على ثلاثة اقوال قال بعضهم يجب عليه خمسة دراهم في مائتين منها احتياطا وقال بعضهم يجب درهمان ونصف وقال بعضهم لا يجب عليه الزكوة اصلا لانه في حكم العروض والاول اقوى مستخلص

هي ان تركوا الناس المعاملة بها فلا يدفعها الى البايع مسكين

فاذا بطل البيع يجب رد المبيع ان كان قايما وقيمته ان كان هالكا كما في البيع الفاسد مستخلص

فاذا كسد رجع الى اصله على وجه يغلب على الظن انه لا يعود لان الشيء اذا رجع الى اصله قل ما يزول وحد الكساد
ان تترك المعاملة بها في جميع البلاد وان كانت تروج في بعض البلاد لا يبطل البيع لكنه يتعيب اذا لم يرج في بلدهم
فيتخير البايع ان شاء اخذه وان شاء اخذ قيمته وحد الانقطاع ان لا يوجد في السوق وان كان يوجد في يد الصيارفة
وفي البيوت قال رحمه الله وصح البيع بالفلوس النافقة وان لم تعين لانها اموال معلومة وصارت ثمنا بالاصطلاح
فجاز بها البيع ووجب في الذمة كالدراهم ولهما ان يبروا عينها لا تتعين لما انها صارت ثمنا بالاصطلاح من الناس
ولهما ان يعطيه غيرها لان الثمنية لا تبطل بتعيينها لان التعيين يحتمل ان يكون لبيان قدر الواجب ووصفه
كما في الدراهم ويجوز ان يكون لتعليق الحكم بعينها فلا يبطل الاصطلاح بالمحتمل ما لم يصرحا بابطاله بان يقولا
اردنا به تعليق الحكم بعينها فحينئذ يتعلق العقد بعينها بخلاف ما اذا باع فلسا بفلسين باعيانهما حيث يتعين
من غير تصريح لانه لو لم يتعين لفسد البيع على ما بينا من قبل فكان فيه ضرورة تحريا للجواز وهنا يجوز على
النقدين فلا حاجة الى ابطال اصطلاح الكافة وهذا ياتي على قولهما وعلى قول محمد لا يتعين وان صرحا
به واصل الخلاف ان اصطلاح العامة لا يبطل باصطلاحهما على خلافه عنده وعندهما يبطل في حقهما لعدم
ولاية الغير عليهما فلا يلزمهما قال رحمه الله وبالكاسدة لا حتى يعينها اي اذا باع بالفلوس الكاسدة لا يجوز البيع حتى
يعينها لانها مبيع فلا بد من تعيينها قال رحمه الله ولو كسدت افلس القرض يجب رد مثلها وهذا عند ابي حنيفة وقالا
يجب عليه رد قيمتها لانه تعذر ردها كما قبضها لان المقبوض ثمن والمردود ليس بثمن ففاتت المماثلة فتجب القيمة
كما لو استقرض مثليا فانقطع عن ايدي الناس لكن عند ابي يوسف تعتبر قيمته يوم القبض وعند محمد يوم الكساد
وقول محمد انظر في حق المستقرض لان قيمته يوم الانقطاع اقل وكذا في حق المقرض بالنظر الى قول ابي حنيفة وابي يوسف
ايسر لان قيمته يوم القبض معلومة ويوم الكساد لا تعرف الا بحرج ولابي حنيفة ان القرض اعارة وموجبها رد العين
معنى وذلك يتحقق برد مثله والثمنية زيادة فيه لان صحة القرض لا يعتمد الثمنية بل يعتمد المثل وبالكساد لم
يخرج من ان يكون مثليا ولهذا صح استقراضه بعد الكساد وصح استقراض ما ليس بثمن كالجوز والبيض والمكيل
والموزون وان لم يكن ثمنا ولولا انه اعارة في المعنى لما صح لانه يكون مبادلة الجنس بالجنس نسيئة وانه حرام
فصار المردود عين المقبوض حكما فلا يشترط فيه الرواج كرد العين المغصوبة والقرض كالغصب اذ هو مضمون
بمثله والاختلاف فيه مبني على الاختلاف فيمن غصب مثليا كالرطب مثلا ثم انقطع عن ايدي الناس تجب عليه
قيمته بالاجماع لكن عند ابي حنيفة قيمته يوم الخصومة وعند ابي يوسف يوم البيع وعند محمد يوم الانقطاع
ووجه البناء عندهما ظاهر وكذا عند ابي حنيفة لان قيمتها كاسدة وعينها سواء في يوم الخصومة فلا فايدة
لايجاب القيمة والعدول عن العين بل ايجاب العين اولى لانه اعدل من القيمة وانما عدل في الغصب الى القيمة
لتعذر رد العين بالانقطاع قال رحمه الله ولو اشترى شيئا بنصف درهم فلوس صح وعليه فلوس تباع بنصف
درهم وعلى هذا لو قال بثلث درهم او بربعه او بدانق فلوس او بقيراط فلوس وقال زفر لا يجوز لانه
بيع اما بقيمة نصف درهم فضة او بفلوس وزنه نصف درهم وكلاهما لا يجوز اما الاول فلانه باعه
بقيمة غيره ولو باعه بقيمة نفس المبيع لا يجوز فبقيمة غيره اولى فصار نظير ما لو باع جارية بقيمة عبد
واما الثاني فلان الفلوس تقدر بالعدد لا بالوزن ولهذا لا يجوز في الكثير منه بهذا الطريق فكذا في القليل
او يكون اشترى بفضة على ان يعطي بدلها فلوسا فيفسد قلنا التبايع بهذا الطريق متعارف في القليل
وهو معلوم بين الناس لا تتفاوت قيمة الفضة فيها فلا يؤدي الى النزاع بخلاف ما استشهد به لانه
مجهول فيفضي الى النزاع ولو اشترى بدرهم فلوس لا يجوز عند محمد لان الجواز بالعادة ولم توجد في الدرهم
وقال ابو يوسف يجوز في الكل لانه معلوم عند الناس ولا تتفاوت قيمة الفضة من الفلوس فصار كما لو بين
عدد الفلوس قلنا ان [illegible] قال رحمه الله ومن اعطى صيرفيا درهما فقال اعطني به نصف درهم فلوسا ونصفا الا

اي لا بالدانق ونصف الدرهم فلا بد من بيان عددها مستخلص

اي ما يباع بالدانق ونصف الدرهم من الفلوس معلوم عند الناس فاغنى عن بيان العدد مستخلص

حبة صح لانه قابل الدرهم بنصف درهم فلوس وبنصف درهم الا حبة من الفضة فيكون نصف درهم الا حبة
بمقابلة الفضة ونصف درهم وحبة بمقابلة الفلوس ولو قال اعطني بنصفه فلوسا وبنصفه نصفا الا حبة
بطل في الكل على قياس قول ابي حنيفة وعندهما صح البيع في الفلوس وبطل فيما يقابل الفضة لان الفساد عندهما
عند التفصيل يتقدر بقدر المفسد وعنده يفسد واصل الخلاف ان العقد يتكرر عنده بتكرر اللفظ وعندهما
بتفصيل الثمن حتى لو قال اعطني بنصفه فلوسا واعطني بنصفه نصفا الا حبة جاز في الفلوس وبطل في الفضة بالاجماع
وقد مر نظيره فيما اذا جمع بين حر وعبد ونحوه ثم ان افترقا في هذه المسألة قبل ان يقبض الفلوس والنصف الا حبة
بطل في النصف الا حبة لان العقد فيه صرف وقد افترقا قبل قبض احد البدلين ولا يبطل في الفلوس لان العقد
فيها بيع فيكفي قبض احد البدلين ولو لم يعطه الدرهم ولم ياخذ الفلوس حتى افترقا بطل في الكل لانهما
افترقا عن دين بدين فثبت بمجموع ما مضى ان الاموال انواع نوع ثمن بكل حال كالنقدين صحبه الباء او قوبل
بجنسه او بغير جنسه ونوع مبيع بكل حال كالثياب والدواب والعبيد ونوع ثمن من وجه مبيع من وجه
كالمكيل والموزون غير النقدين فانه ان كان معينا في العقد كان مبيعا وان لم يكن معينا وصحبه الباء
وقوبل بالمبيع فهو ثمن ونوع ثمن بالاصطلاح وهو سلعة في الاصل كالفلوس فان كان رايجا فهو ثمن وان كان
كاسدا فهو سلعة مثمن وهذا لان الثمن ما يثبت دينا في الذمة عند العرب كذا ذكر الفراء والنقود لا تستحق بالعقد
الا دينا في الذمة فكانت ثمنا بكل حال والعروض لا تستحق بالعقد الا عينا فكانت مبيعة والمكيل والموزون غير
النقدين يستحق بالعقد عينا تارة ودينا اخرى فكانت ثمنا في حال مبيعا في حال ومن حكم الثمن ان لا يشترط وجوده
في ملك العاقد عند العقد ولا يبطل العقد بفوات تسليمه ويصح الاستبدال به في غير الصرف والسلم ومن حكم
المبيع ان يشترط وجوده قبل العقد في غير السلم وان لا يصح الاستبدال به قبل قبضه ومن شرطهما ان لا يجوز
التفاضل عند المقابلة بالجنس في المقدرات وان يجب تعيينهما فيما يتعين وقبضهما فيما لا يتعين وفي غير المقدرات
يجب تعيينهما فقط وان قوبل بخلاف جنسه فان كان البدلان من المقدرات يجب تعيينهما ان كانا يتعينان
بالتعيين ان جمعهما القدر كالحنطة والشعير وان كانا لا يتعينان يجب قبضهما كالذهب والفضة وان لم
يجمعهما القدر كالحنطة والفضة او الفلوس مع احد النقدين او كان احدهما مقدرا والاخر غير مقدر كالثياب
مع النقدين او غيرهما من المقدرات يجب تعيين احد البدلين دون الاخر كيلا يكون كاليا بكالي

كتاب الكفالة

وهي مطلق الضم لغة قال الله تعالى وكفلها زكريا اي ضمها الى نفسه وقال عليه السلام
انا وكافل اليتيم كهاتين اي ضام اليتيم الى نفسه قال رحمه الله هي ضم ذمة الى ذمة في المطالبة وهذا في الشرع
وقيل ضم ذمة الى ذمة في الدين لانه مطالب بالدين والمطالبة به ولا دين محال وهذا لان المطالبة بايفاء
الدين فرع وجوب الدين ولا يتصور الفرع بدون الاصل والاحكام تشهد لهذا الا ترى انه لو وهب المطالب
الدين من الكفيل صح ورجع به على الاصيل وهبة الدين من غير من عليه الدين لا تصح وكذا لو اشترى الطالب
بالدين شيئا من الكفيل صح والشراء بالدين لا يجوز الا ممن عليه الدين ولا يلزم من وجوب الدين عليهما ان يتكرر
الاستيفاء لان الدين الواحد لا يمكن استيفاؤه مرتين ويمكن وجوبه على شخصين كالغاصب وغاصب الغاصب
فان الدين واجب عليهما ولا يستوفيه الا من احدهما ايهما شاء والاول اصح لانه يستحيل ان يجب دينان ولا يستوفى
الا احدهما واما وجوب المطالبة بدين على غيره فممكن الا ترى ان الوكيل بالشراء يطالب بالدين وهو على الموكل
حتى لو ابراه البايع صح وكذا الولي والوصي يطالبان بدين على الصغير وليس عليهما دين والمولى يطالب بقضاء
دين على عبده الماذون له او ببيعه عند طلب الغرماء بيعه ولا دين عليه فاذا امكن ايجاب المطالبة عليه
من غير لزوم الدين فلا حاجة الى ايجاب الدين عليه لانه محال في الحقيقة لما فيه من جعل الدين الواحد دينين
فلا يصار اليه الا عند الضرورة كما اذا وهب الدين له او اشترى به منه شيئا فحينئذ يقدر الدين على الكفيل ضرورة

مطلب الشراء بالدين لا يجوز الا ممن عليه

مطلب ابراء البايع وكيل الشراء

تصحيح تصرفه فيحصل في حكم ذميين ولا ضرورة قبله فلا حاجة الى هذا التقدير وفي الغاصب وغاصب الغاصب
الوجب له الا دين ولحد على احدهما غير عين فلهذا اذا اختار احدهما ليس له ان يطالب الاخر لتضمنه التمليك منه
وهذا تفسير الكفالة وسببها مطالبة من له الحق للتوثق بتكثير محل المطالبة او بتيسير وصول حقه اليه
وركنها الايجاب والقبول عندهما خلافا لابي يوسف اخرا وشرطها ان يكون الدين ثابتا صحيحا بخلاف بدل الكتابة
على ما يجي في موضعه وان يكون المكفول به ممكن الاستيفاء من الكفيل واهلها ان يكون الكفيل من اهل
التبرع حتى لا تصح ممن لا يملك التبرع كالعبد الماذون له في التجارة والمكاتب والصغير وكذا لو تصح من المريض
الامن الثلث لانه لا يملك التبرع باكثر منه وانواعها في الاصل نوعان كفالة بالنفس وكفالة بالمال
والكفالة بالمال نوعان كفالة بالديون فتجوز مطلقا اذا كانت صحيحة وكفالة بالاعيان وهي نوعان كفالة
باعيان مضمونة فتصح الكفالة بها وذلك كالمغصوب والمهور وبدل الخلع والصلح عن دم العمد ونحو ذلك
وكفالة باعيان هي امانة غير واجبة التسليم كالودايع والمضاربات والشركة ونحو ذلك مما ليس بواجب التسليم
فلا تصح الكفالة بها اصلا وكفالة باعيان هي امانة واجبة التسليم كالعارية والمستاجرة او بعين مضمونة بغيره كالمبيع
فان الكفالة بها لا تصح وبتسليمها تصح والفاظها مذكورة في المتن **قال** وتصح بالنفس وان تعددت اي
تعددت الكفالة بان اخذ منه كفيلا ثم كفيلا وكذا تجوز اذا تعددت النفوس المكفول بها ايضا كما تجوز بالديون
الكثيرة وقال الشافعي رح لا تجوز الكفالة بالنفس لانه لا قدرة له على تسليمه اذ لا ولاية له عليه ولو سيما اذا تكفل
بغير امره لانه لا ينقاد له ولا تلتزم طاعته وكذا اذا كان بامره لان امره بالكفالة بالمال لا يثبت له ولاية في ماله
ليؤدي عنه من ماله فالنفس اولى فصار كما لو باع طير الهوى بخلاف الكفالة بالمال لانه ان لم يكن له ولاية
على مال الامر فله ولاية على مال نفسه فيؤدي من ماله ولنا قوله عليه السلام الزعيم غارم من غير فصل بين الكفالة
بالنفس او بالمال فيقتضي شرعيتها ولا يقال الكفالة بالنفس لا غرم فيها فلا يتناوله الحديث لانا نقول الغرم
عبارة عن ضرر يلزمه قال الله تعالى ان عذابها كان غراما وفيه ذلك ولان الحاجة ماسة اليها ضرورة احياء
حقوق العباد وقد امكن العمل بموجبها بان يعلمه مكانه فيخلي بينه وبينه اذ التخلية تسليم او يوافقه اذا دعا
او يكرهه بالحضور الى مجلس الحاكم والتزامه لذلك ورضا خصمه به دليل على قدرته فيصح وان لم يقدر عليه
استعان باعوان القاضي فكانت مفيدة ولانه التزم ما هو مستحق على الاصيل اذ تسليم النفس على المدعى عليه واجب
بمعنى انه يجب عليه الحضور الى مجلس الحاكم فيصح كالكفالة بالمال والدليل على انه يجب عليه الاجابة اذا دعي ان الله
ذم الممتنع من الحضور بقوله عز وجل واذا دعوا الى الله ورسوله الاية والذم يستحق بترك الواجب وعن الصحابة
رضي الله عنهم انهم اجازوا الكفالة بالنفس وضمنت ام كلثوم بنفس علي حين جرى بينه وبين عمر خصومة رضي الله عنهم
وكفل رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا بتهمة والتكفيل اخذ الكفيل بالنفس ولان شرط صحة الالتزام ان يكون
الملتزم ممكنا وجوده عقلا لا حقيقة لانه اذا التزم الف حجة بالنذر صح وتلزمه وان لم تتات منه حقيقة
لقصر عمره عادة وقدرته على احضاره ممكن فتصح واذا صحت تصح متعددة ايضا لان حكمها استحقاق
المطالبة وهي تحتمل العدد والالتزام الاول لا يمنع الالتزام الثاني اذ المقصود منها التوثق ولا تنافي
قال بكفلت بنفسه وبما يعبر به عن البدن وبجزء شايع اي تصح الكفالة بقوله كفلت بنفس فلان او بما يعبر
به من اعضائه عن جميع البدن كراسه ووجهه ورقبته وعنقه وجسده وبدنه بان قال تكفلت براسه
او بوجهه الى اخره او تكفل بجزء شايع منه بان قال تكفلت بثلثه او ربعه كل ذلك جايز لان هذه الاشياء
يعبر بها عن جميع البدن عرفا وقد بيناه في الطلاق **قال** وبضمنته اي تصح بقوله ضمنته لك لانه تصريح
بمقتضى الكفالة لانه يصير ضامنا للتسليم والعقد ينعقد بالتصريح بموجبه كعقد البيع ينعقد بلفظ التمليك
قال وبعلي يعني تصح بقوله علي لان كلمة على للوجوب قال الله تعالى ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا

قال والي لانها بمعنى على في هذا المقام قال عليه السلام من ترك كلا او عيالا فالي **قال** وانا زعيم به
لان الكفيل يسمى زعيما قال الله تعالى حكاية عن صاحب يوسف وانا به زعيم اي كفيل **قال** وقبيل به لان القبيل
هو الكفيل ولهذا سمي الصك قبالة لانه يحفظ الحق فيكون وثيقة كالكفيل **قال** لا بانا ضامن لك بمعرفته
اي لا يصير كفيلا بقوله انا ضامن لك بمعرفة فلان وقال ابو يوسف يصير ضامنا للعرف لانهم يريدون به
الكفالة ووجه الاول انه التزم معرفته دون المطالبة فصار كالتزامه دلالته عليه او قال او قفك عليه
قال فان شرط تسليمه في وقت بعينه احضره فيه ان طلبه لانه التزمه بالشرط في الكفالة فيجب عليه الوفاء به
ان طلبه في ذلك الوقت او بعده كالدين المؤجل اذا طلبه صاحبه بعد حلول الاجل **قال** فان احضره والا
حبسه الحاكم لامتناعه عن ايفاء ما وجب عليه ولكن لا يحبسه اول مرة لاحتمال انه ما عرف لماذا يدعى
فيمهله حتى يظهر له مطله لانه جزاء الظلم وهو ليس بظالم قبل المماطلة قال الفقير الى الله تعالى ينبغي ان يفصل كما فصل
الحبس بالدين فانه هناك قبل اذا ثبت الحق باقراره لا يعجل بحبسه وامره بدفع ما عليه لان الحبس جزاء المماطلة
فلم تظهر باول الوهلة وان ثبت بالبينة حبسه كما وجب لظهور مطله بالانكار فكذا هنا ينبغي ان يفصل
على هذا التفصيل وذكر في النهاية معزيا الى الايضاح هذا اذا لم يظهر عجزه واما اذا ظهر عجزه فلا معنى لحبسه
لانه لا يحال بينه وبين الكفيل فيلازمه ويطالبه ولا يحول بينه وبين اشغاله وجعله كالمفلس بالدين اذا ثبت
بالاقرار او بالبينة **قال** وان غاب امهله مدة ذهابه وايابه اي غاب المكفول بنفسه يوجل الكفيل مدة
قطع المسافة ولا يحبسه لانه لم يظهر مطله بعد والحبس للمماطلة **قال** فان مضت ولم يحضره حبسه اي
اذا مضت المدة ولم يحضره حبسه لانه ظهر مطله والحبس جزاؤه **قال** وان غاب ولم يعلم مكانه لا يطالب به
لانه عاجز وقد صدقه الطالب عليه فصار كالمديون اذا ثبت اعساره وان اختلفا فقال الكفيل لا اعرف مكانه وقال
الطالب تعرف فان كانت له خرجة معروفة يخرج الى موضع معلوم للتجارة في كل وقت فالقول قول الطالب ويؤمر
الكفيل بالذهاب الى ذلك الموضع لان الظاهر يشهد للطالب وان لم يعرف منه ذلك فالقول قول الكفيل لانه متمسك
بالاصل وهو الجهل ومنكر لزوم المطالبة وقال بعضهم لا يلتفت الى قول الكفيل ويحبسه القاضي الى ان يظهر عجزه
لان المطالبة كانت متوجهة عليه فلا يصدق على اسقاطها عن نفسه بما يدعي وان اقام الطالب بينة انه في موضع
كذا امر الكفيل بالذهاب الى ذلك الموضع واحضاره اعتبارا للثابت بالبينة بالثابت بالمعاينة وكذا لو ارتد
ولحق بدار الحرب لا تسقط الكفالة فيوجل الكفيل مدة ذهابه ومجيئه ولا يقال بعد اللحاق بدار الحرب صار كالموتى
ولهذا يقسم ماله بين ورثته فينبغي ان يبرأ الكفيل كما لو مات حقيقة لانا نقول هذا ليس هو كموته حقيقة وانما
هو موت حكمي في حق قسمة ماله بين ورثته فاما في حق نفسه فهو حي مطالب بالتوبة والرجوع وتسليم النفس الى
الخصم فيبقى الكفيل على كفالته هكذا ذكره في النهاية معزيا الى المبسوط وفيه قال في الذخيرة انه اذا لحق بدار
الحرب مرتدا ينظر فان كان الكفيل قادرا على رده بان كان بيننا وبينهم معاهدة ان من لحق بهم مرتدا يردونه الينا
اذا طلبنا يمهل الكفيل قدر ذهابه ومجيئه وان لم يكن قادرا لا يواخذ به ثم في كل موضع قلنا انه يؤمر بالذهاب
اليه للطالب ان يستوثق الكفيل بكفيل اخر حتى لا يغيب الاخر فيضيع حقه **قال** فان سلمه بحيث يقدر المكفول
له ان يخاصمه فيه برئ لانه اتى بما التزمه اذ لم يلتزم تسليمه الا مرة واحدة وحصل مقصود الطالب ايضا
بذلك فلا حاجة الى ابقاء الكفالة قضاء نظيره لو تكفل بمال وقضاه سواء كان التسليم غير مشروط في وقت
او كان مشروطا فيه فسلمه في ذلك الوقت او قبله لان الاجل حق الكفيل فله ان يسقطه كالدين المؤجل اذا قضاه
قبل حلول الاجل يجبر الطالب لان الاجل حق المديون فله ان يسقطه ثم التسليم يكون بالتخلية بينه وبين الخصم
وذلك برفع الموانع فيقول له هذا خصمك فانت اعرف بشانه فخذه ان شئت ثم لا يخلو اما ان سلمه بعد طلبه
او لا فان كان بعد طلبه برئ وان لم يقل سلمته اليك بحكم الكفالة لانه يتضمن اعادة قول الطالب وان سلمه بغير طلب

لم يبرأ حتى يقول سلمته اليك بجهة الكفالة قال رحمه الله ولو شرط تسليمه في مجلس القاضي سلمه ثمة لان الشرط مفيد
فيلزمه تسليمه على الوجه الذي التزمه فاذا سلمه في مجلسه برئ لما ذكرنا وكذا اذا سلمه في السوق لحصول المقصود
وقيل لا يبرأ وهو قول زفر وبه يفتى في زماننا لتعاون الناس في اقامة الحق وان سلمه في برية او في سواد لم يبرأ
لانه لا يقدر على مخاصمته في ذلك المكان وكذا لو لم يشترط التسليم في مجلس الحاكم لا يبرأ بمثل هذا التسليم لما ذكرنا
وان سلمه في مصر آخر غير المصر الذي كفل فيه برئ عند ابي حنيفة رحمه الله لان المعتبر تسليمه على وجه يتمكن من احضاره مجلس
القاضي وقد وجد وعندهما لا يبرأ لانه لم يسلمه على الوجه الذي التزمه وهو ان يسلمه في مصر كفل فيه وهو
مفيد لاحتمال ان تكون شهوده فيه او يعرف قاضي ذلك المصر حادثته فلا يبرأ الا بالتسليم فيه قلنا الاحتمال
مشترك فانه يحتمل ان تكون شهوده في ذلك المصر وكذا يحتمل ان يكون قاضي ذلك المصر يعلم حادثته فتعارض
الموهومان فبقي التسليم سالما عن المعارض فيبرأ وقيل هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان فابو
حنيفة قال ذلك في زمنه حين كانت الغلبة لاهل الصلاح والعمال كانوا يتعاونون على البر ولا يميلون الى الرشوة
فلا يختلف الحال بين مصر ومصر آخر وهما قالا ذلك بعدما ظهر الفساد وتغيرت احوال القضاة والعمال حتى لا
يقيمون الحق الا بالرشوة فيكون على هذا التقدير مصره اسهل لاثبات حقوقه ولو سلمه في السجن وقد حبسه غير
الطالب لا يبرأ لان المقصود من التسليم تمكنه من احضاره مجلس الحاكم ليثبت عليه الحق ولا يفيد في المحبوس قال رحمه الله
وتبطل بموت المطلوب والكفيل لا الطالب يعني الكفالة تبطل بموت المكفول بنفسه وبموت الكفيل ولا تبطل بموت
المكفول له لان المطلوب بموته برئ هو بنفسه وبراءته توجب براءة الكفيل لانه اصل والكفيل تبع فاذا عجز عن
الحضور بالموت سقط عنه فكذا عن التبع لما قلنا وكذا بموت الكفيل لا يتحقق التسليم منه وورثته لا يقومون
مقامه لانهم يخلفونه فيما له لا فيما عليه وماله لا يصلح لايفاء هذا الحق وهو احضار المكفول به بخلاف الكفيل بالمال
اذا مات لان ماله صالح له وحكمه بعد موته ممكن فيوفى من ماله ثم يرجع الورثة على المكفول عنه ان كانت الكفالة
بامره والا فلا شيء لهم كما اذا ادى هو بنفسه حال حياته واذا مات الطالب يخلفه وصيه او وارثه فلو يبطل
حقه لانهم قايمون مقامه في استيفائه قال رحمه الله ويبرأ بدفعه اليه وان لم يقل اذا دفعته اليك فانا برئ
لان موجب التسليم البراءة فيثبت به وان لم ينص عليها اذ هو موجب التصرف يثبت من غير تنصيص عليه ولا بد
من ان يقول سلمته اليك بحكم الكفالة وان لم يقل لا يبرأ لان التسليم قد يكون بحكم الكفالة او استعانة او اجارة
الا اذا كان بطلبه فحينئذ لا يحتاج فيه الى ان ينص عليه لتقدم ما يدل عليه وكذا اذا اقر الطالب بالقبض لا يحتاج
فيه الى النص لان الظاهر انه لا يقر الا باستيفاء حقه ولو سلم الكفيل المكفول به الى الطالب فابى ان يقبله يجبر
على القبول وينزل قابضا بالتخلية لانه لو لم يجعل قابضا لتضرر الكفيل فصار كالغاصب يرد العين المغصوبة
او قيمتها او كالمديون اذا قضى الدين بخلاف ما اذا سلمه غيره بغير امر الكفيل حيث لا يجبر على القبول لانه اجنبي
فصار نظير قضاء الدين من الاجنبي قال رحمه الله وبتسليم المطلوب نفسه من كفالته وبتسليم وكيل الكفيل ورسوله
يعني بتسليم هؤلاء يبرأ الكفيل لان المكفول به مطالب بالتسليم وواجب عليه ان يسلم نفسه فاذا سلم فقد حصل
المقصود ولا معنى لبقاء الكفالة بعد ذلك ووكيل الكفيل يقوم مقامه ورسوله سفير عنه فيكون فعلهما كفعله
وشرط براءته ان يقول كل واحد من هؤلاء سلمت اليك بحكم الكفالة على ما بينا وفي لفظ المختصر ما يشعر بذلك فانه
قال وبتسليم المطلوب نفسه من كفالته شرط ان يكون التسليم من كفالته فهذا دليل على انه لا يبرأ اذا لم يقل
من كفالته نص عليه في الكفيل ووكيله ورسوله في المبسوط والمحيط وفي تسليم المكفول بنفسه في فتاوى قاضيخان
ولو سلمه اليه رجل اجنبي بغير امره وقال عند الدفع سلمته اليك عن الكفيل فان قبله الطالب برئ الكفيل وان
سكت الطالب ولم يقل قبلت لم يبرأ الكفيل ذكره قاضيخان في فتاواه قال رحمه الله فان قال ان لم اواف به غدا فهو ضامن
لما عليه فلم يواف به او مات المطلوب ضمن المال لان الكفالة بالمال معلقة بشرط عدم الموافاة فاذا وجد الشرط لزمه

بالاتفاق مستخلص

مصرح

المال ولا يبرأ عن الكفالة بالنفس لانها كانت ثابتة قبل وجوب المال عليه فلا تنتفي بوجوده الا ترى انه لو
كفل بهما جملة في وقت واحد صحت ولو تنافيا لما صحت وهذا لان الكفالة للتوثق فالتوثق بالكفالة بالنفس لا ينافي
التوثق بالكفالة بالمال كما لا ينافي التوثق بكفالة نفس او بمال آخر وقال الشافعي رحمه الله الكفالتان باطلتان
اما الكفالة بالنفس فقد بيناه من قبل واما الكفالة بالمال فلانها معلقة بشرط على خطر وتعليق وجوب
المال بالشرط غير جائز كالبيع ونحوه وهذا هو القياس ولنا ان الناس تعاملوه والقياس يترك بالتعامل كما
في الاستصناع وغيره وباب الكفالة اوسع لكونه من التبرعات ولان الكفالة تشبه البيع انتهاء من حيث ان
الكفيل يرجع على الاصيل اذا كان بامره وتشبه النذر ابتداء من حيث انه التزام ابتداء فلشبهه بالبيع ينبغي
ان لا يجوز تعليقه بالشرط اصلا وباعتبار النذر وجب ان يجوز بمطلق الشرط فقلنا يجوز تعليقه بشرط متعارف
ولا يجوز بغيره عملا بالشبهين والتعليق بالموافاة متعارف ولا نسلم انه تعليق لوجوب المال وانما هو تعليق
لوجوب المطالبة في الصحيح على ما مر من قبل فاذا صح تعليقه بعدم الموافاة ولم يواف به مع قدرته او لعجزه
بموته او بحياته فقد وجد الشرط فيلزمه المشروط لان عدم الموافاة لا يختلف باختلاف السبب فان قيل شرط
وجوب المال عدم موافاة مستحقة عليه وبموت المكفول به قبل الوقت برئ الكفيل فلم يجب عليه احضاره فكيف
يلزمه المال بعدم موافاته بعدما برئ الا ترى ان الطالب اذا ابرأه عن الكفالة بالنفس فلم يحضره لا يجب عليه
المال لفقد شرطه فكذا هنا قلنا الابراء وضع للفسخ فتنفسخ الكفالة بالنفس من كل وجه والموت لم يوضع للفسخ وانما
برئ لعجزه عن التسليم المستحق بالكفالة لان المستحق عليه تسليم يقع ذريعة الى الخصام وهو عاجز عنه فكان ضرورة
فيتقدر بقدرها فيبرأ عن التسليم ولا ضرورة الى انفساخه في حق الكفالة بالمال فلا ينفسخ العقد في حقه ولو مات
الكفيل فقد ذكر قاضيخان في فتاواه ان وارثه كان بمنزلة الكفيل ان دفعه الى الطالب برئ وان لم يدفعه حتى مضى
الوقت كان المال على الوارث يعني من تركة الميت ولو مات الطالب فدفع الكفيل المكفول به الى وارث الطالب
في الوقت برئ وان لم يدفعه لزمه المال وهذا ظاهر قال رحمه الله ومن ادعى على آخر مائة دينار فقال رجل ان لم اواف
به غدا فعليه المائة فلم يواف به غدا فعليه المائة وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف آخرا ولا فرق بين ان يبين
المائة او لم يبينها بان تعلق رجل على رجل فلزمه فقال لي عليك حق ولم يدع عليه مالا مقدرا فقال له رجل آخر
دعه فانا كفيل بنفسه فان لم اوافك به غدا فعلي مائة دينار فادعى المدعي وبينها لزم الكفيل وقال محمد
ان لم يبينها ثم ادعى وبينها لا تلزمه وله فيه وجهان احدهما ما قاله ابو منصور الماتريدي رحمه الله وهو ان
الكفيل علق مالا مطلقا بخطر حيث لم يقل التي لك عليه فكانت هذه رشوة التزمها الكفيل له عند عدم الموافاة به
فهذا يوجب ان لا تصح وان بينها المدعي لان عدم النسبة اليه هو الذي اوجب البطلان والثاني ما قاله الكرخي
وهو ان المدعي لما لم يبين لم تصح دعواه فلم يجب احضاره الى مجلس القاضي فلم تصح الكفالة بالنفس ايضا لعدم صحة
الدعوى ولم تصح الكفالة بالمال ايضا لانها مبنية على الكفالة بالنفس فاذا بطل الاصل بطل الفرع وهذا الوجه
يوجب ان تصح الكفالة اذا بين المال عند الدعوى ولهما ان هذه كفالة امكن تصحيحها فتصح اما اذا بين المال
عند الدعوى فلان المال ذكر معرفا فينصرف الى ما على المدعى عليه لان العادة جرت بالارسال والمراد ما عليه واما
اذا لم يبين فلان العادة جرت بالابهام في الدعاوى في غير مجلس القضا فيجملونها اجمالا ولا يبينونها الا عند القاضي
دفعا لحيل الخصوم وصونا لكلامهم الى وقت الحاجة فصحت الدعوى والملازمة على احتمال البيان من جهته
فاذا بين انصرف بيانه الى ابتداء الدعوى فظهر به ان الكفالة بالنفس قد صحت فتصح الكفالة بالمال ايضا لانها
مبنية عليها ولانه لو جعل التزاما لما عليه يصح والا فلا فيحمل عليه تصحيحا لتصرفه ولو كفل رجل بنفس رجل وقال
ان لم يواف به يوم كذا فعليه ما للطالب على فلان آخر جاز ذلك استحسانا وهو قول محمد رحمه الله وفي القياس لا يجوز
وهذا قول ابي يوسف ذكره قاضيخان وفي المحيط جعل الخلاف بالعكس وجعل ابا حنيفة مع ابي يوسف قال رحمه الله ولا يجبر

على الكفالة بالنفس في حد وقود وهذا عند ابي حنيفة وقالا يجبر في حد القذف والقصاص وفي غيرهما من الحدود
لا يجبر ولو سمحت به نفسه من غير طلب يجوز بالاتفاق لهما ان الكفالة بالنفس شرعت لتسليم النفس وتسليم النفس
واجب على الاصيل هنا فصحت الكفالة به كما في دعوى المال بخلاف الحدود الخالصة لانها محض حق الله تعالى فالكفالة
شرعت وثيقة لصاحب الحق كيلا يفوت حقه والله تعالى غني عنه وبخلاف نفس الحد والقصاص حيث لا يجوز به اجماعا
لانه لا يمكن استيفاؤه من الكفيل فلو شرع وله قوله عليه السلام لا كفالة في حد مطلقا ولان الكفالة للاستيثاق
ومبناهما على الدرء والاجبار على اعطاء الكفيل فيهما يفضي الى فساد الوضع بخلاف سائر الحقوق لانها لا تسقط بالشبهات
ولو اعطى بنفسه الكفيل من غير طلب فيهما جاز بالاجماع لان تسليم النفس مستحق على الاصيل فتصح الكفالة به بخلاف
غيرهما من الحدود والحق التي تاتي حد السرقة بهما في جواز التكفيل بنفس من عليه بالاجماع وفي الاجبار عليه عندهما
وانه جعل ذلك منه لان الدعوى شرط فيه كما هو شرط فيهما والمدعي يحتاج الى ان يجمع بين شهوده ومطلوبه
فربما يخفي المطلوب نفسه فيستوثق بكفيل بخلاف غيره من الحدود لان الدعوى ليس بشرط فيها ولا يجب عليه حضور
مجلس الحاكم بسبب الدعوى اذ لا تسمع دعوى احد فيها فلا تجوز الكفالة بها اصلا وان طابت بها نفسه وسمحت فاذا لم
يكفل عنده يلازمه الى ان يقوم القاضي من مجلسه فان اقام البينة فيها والا خلى سبيله وليس تفسير الجبر عندهما هنا
ان يجبر بالحبس وغيره من العقوبة لكن يامره بالملازمة ويدور معه حيث دار واذا اراد دخول داره استاذن
فان اذن له دخل معه وان لم ياذن له منعه من الدخول واجلسه في باب الدار كيلا يغيب بالخروج من موضع اخر
قال رحمه الله ولا يحبس فيهما حتى يشهد شاهدان مستوران او عدل اي لا يحبس في الحدود والقصاص حتى يشهد شاهدان
مستوران او واحد عدل يعرفه القاضي بالعدالة لان الحبس هنا للتهمة الفساد وشهادة المستورين تصلح للحكم به
فتصلح لاثبات التهمة وخبر الواحد حجة في الديانات والمعاملات فتثبت بشهادة العدل التهمة وان لم يثبت به
اصل الحق والحبس بتهمة الفساد مشروع لانه عليه السلام حبس رجلا بتهمة بخلاف دعوى الاموال حيث لا يحبس
فيه ما لم تثبت لانه نهاية العقوبة فيه فلا يثبت الا بحجة تامة كالحد نفسه وعنهما انه لا يحبس في الحدود
والقصاص ايضا لحصول المقصود وهو الاستيثاق بالكفالة قال رحمه الله وبالمال ولو مجهولا اذا كان دينا صحيحا
بكفلت عنه بالف وبمالك عليه وبما يدركك في هذا البيع وبما بايعت فلانا فعلي وما ذاب لك عليه فعلي وما
غصبك فلان فعلي اي تصح الكفالة بالمال ولو كان المكفول به مجهولا بقوله كفلت لان الكفالة مشروعة فيه
وعليه اجماع الامة وهي مبنية على التوسع فيتحمل فيها الجهالة اليسيرة وغيرها بعد ان يكون متعارفا وعلى الكفالة
بالدرك انعقد الاجماع مع انه لا يعلم كم قدر ما يستحق من المبيع وكفى به حجة وشرطه ان يكون دينا صحيحا كما
ذكرنا لانه اذا لم يكن الدين صحيحا كبدل الكتابة لا تجوز الكفالة به وتجوز الكفالة بالشجة وقطع الاطراف
اذا لم تكن موجبة للقصاص لان الارش دين صحيح لا يسقط بالموت بخلاف بدل الكتابة فانه ليس بدين صحيح
الا ترى ان المكاتب يملك اسقاطه قال رحمه الله وطالب الكفيل او المديون الا اذا شرط البراءة فحينئذ تكون حوالة كما ان الحوالة
بشرط ان لا يبرأ بها المحيل كفالة اي الطالب مخير ان شاء طالب الكفيل وان شاء طالب الاصيل وكذا له ان يطالبهما
معا لان موجب الكفالة اذ هي تنبني على الضم وذلك يقتضي بقاء الاول لا البراءة الا اذا شرط براءة الاصيل فحينئذ تكون
حوالة فلا يطالب الاصيل كما اذا احال بشرط ان لا يبرأ المحيل فله ان يطالبه لما عرف ان العبرة للمعاني لا لمجرد اللفظ
قال رحمه الله ولو طالب احدهما له ان يطالب الاخر لما ذكرنا بخلاف المغصوب منه اذا اختار احد الغاصبين لان اختيار
احدهما يتضمن التمليك منه عند قضاء القاضي به فلا يمكنه التمليك من الاخر بعد ذلك واما المطالبة بالكفالة
لا تقتضيه ما لم يوجد منه حقيقة الاستيفاء قال رحمه الله ويصح تعليق الكفالة بشرط ملائم كشرط وجوب الحق كان
استحق المبيع او لامكان الاستيفاء كان قدم زيد وهو مكفول عنه او لتعذره كان غاب عن المصر اي يجوز تعليق
الكفالة بشروط ملائمة لها لا بمطلق الشرط والملائمة تثبت بكون الشرط سببا لوجوبه كقوله ان استحق المبيع فعلي

الثمن او بكونه ممكنا من الاستيفاء كقوله ان قدم فلان فعلي ما عليه من الدين او بكونه سببا للتعذر للاستيفاء
منه كقوله ان غاب زيد فعلي ما عليه من الدين فهذه جملة الشروط التي يجوز تعليق الكفالة بها والاصل فيه قوله تعالى
ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم فوجه التمسك بالاية انه علق الكفالة بالشرط وذلك الشرط سبب لوجوب
الحمل وهو المجيء بالصاع وشرع من قبلنا شريعة لنا ما لم ينسخ ولا يقال الكفيل من يكون ضامنا عن غيره وهذا
الكفيل ضامن عن نفسه لانه هو الذي يجب عليه الاجرة لانا نقول امكن حمل الاية على الكفالة بان يكون رسولا
من جهة الملك والرسول سفير فلا يجب عليه الاحكام كانه يقول ان الملك قال لمن جاء به حمل بعير ثم يقول من جهته
وانا بذلك الحمل الذي على الملك كفيل ولا يقال ان الاية تدل على ان الكفالة بالمجهول جائزة وانتم لا تقولون به
فلم تبق لكم الحجة لانا نقول جاز ان ينسخ من هذا الوجه ويبقى معمولا به من جهة التعليق لاجماع الامة على ان
ضمان الدرك جائز ولو كان منسوخا لما جاز ثم الاصل فيه ان الجهالة في المال المكفول به لا تمنع صحة الكفالة كقوله
ما غصبك فلان فعلي وجهالة المكفول له او المكفول عنه تمنع حتى لو قال من غصبك من الناس او بايعك او قتلك
فانا كفيل لك عنه او قال من غصبته انت او قتلته فانا كفيل له عنك لا يجوز الا اذا كانت الجهالة في المكفول عنه
يسيرة مثل ان يقول كفلت لك بمالك على احد هذين فحينئذ يجوز والتعيين الى المكفول له لانه صاحب الحق قال رحمه الله
ولا تصح بنحو ان هبت الريح فتصح الكفالة ويجب المال حالا هكذا ذكره في الهداية والكافي وهذا سهو فان الحكم
فيه ان التعليق لا يصح ولا يلزمه المال لان الشرط غير ملائم فصار كما لو علقه بدخول الدار ونحوه مما ليس بملائم
ذكره قاضيخان وغيره ولو جعل الاجل في الكفالة الى هبوب الريح لا يصح التاجيل ويجب المال حالا وكذلك الكفالة
بالنفس يجوز تعليقها بشرط ملائم كالكفالة بالمال في جميع ما ذكرنا ولا يجوز تعليقها بشرط غير ملائم ويجوز تاجيلها
الى اجل معلوم والجهالة اليسيرة فيها متحملة كالتاجيل الى القطاف وقدوم الحاج ولا يجوز الى هبوب الريح او نزول
المطر فان اجله اليه بطل الاجل ولزمه تسليم النفس حالا قال رحمه الله فان كفله بماله عليه فبرهن على الف لزمه
والا لا يعني اذا تكفل رجل بماله على فلان فاقام الطالب البينة على ان له عليه الف درهم لزم الكفيل لان الثابت
بالبينة كالثابت عيانا وان لم يقم فلا يجب عليه شيء لان قول الطالب لا يكون حجة على المطلوب وهو المكفول عنه
ولا على الكفيل لانه مدع فلا يقبل قوله الا ببينة قال رحمه الله صدق الكفيل فيما اقر به ولا ينفذ قول المطلوب على
الكفيل يعني اذا اقر الكفيل بشيء والمسألة بحالها وادعى الطالب اكثر من ذلك كان القول قول الكفيل لانه منكر
ولو اقر المكفول عنه باكثر من ذلك لا ينفذ قوله على الكفيل لعدم ولايته عليه لان الاقرار على الغير لا ينفذ الا اذا
كان عن ولاية وهذا بخلاف ما اذا قال ما ذاب لك على فلان فعلي فاقر فلان على نفسه بالف مثلا فانكر الكفيل
ما اقر به حيث يلزمه ما اقر به المطلوب استحسانا والقياس ان لا يلزمه شيء لما بينا وجه الاستحسان انه تكفل
بما تقرر له عليه في المستقبل وقد تقرر عليه باقراره وهذا لانه تكفل بما يجب له عليه فشرط الوجوب عليه فيما يلي
باي طريق كان وفي مسألة الكتاب تكفل بما عليه في الحال فاذا اخبر الطالب او المطلوب بما عليه كان متهما فلا يصدق
ما لم تقم البينة ويصدق المطلوب في حق نفسه لاقراره كالمريض اذا اقر بدين يرد اقراره في حق غرماء الصحة ويقبل
في حق نفسه حتى اذا فضل شيء من غرماء الصحة كان للمقر له قال رحمه الله فان كفل بامره رجع بما ادى عليه لانه قضى
دينه بامره معناه اذا ادى ما ضمن وكان المكفول عنه غير صبي محجور عليه وغير عبد محجور عليه اما اذا ادى خلافه
بان كان الدين المكفول به جيدا فادى رديا او بالعكس يرجع بالمال المكفول به لا بما ادى لانه ملك الدين
بالاداء فنزل منزلة الطالب كما اذا ملكه بالهبة او بالارث بان مات الطالب والكفيل وارثه او وهبه له حال
حياته وهي جائزة للكفيل وان كانت لا تجوز لغير من عليه الدين لانه ينقل الدين اليه بمقتضى الهبة ضرورة ولا تنقله
بالحوالة او يجعل كدينين للضرورة او نقول لوجوبه عليه للضرورة فلا يجب عليه ان يسامح الاصيل بخلاف المامور
بقضاء الدين حيث يرجع بما ادى ان ادى اردى من الدين وان ادى اجود منه لا يرجع الا بالدين لانه لم يلتزم

مطلب لا رجوع للمامور بقضاء الدين الا بما ادى بخلاف الكفيل

ولم يجب عليه شيء في ذمته وانما يثبت له حق الرجوع بالاداء بامره ولهذا لو وهب له الدين لا يملكه فيرجع
عليه بما ادى مالم يخالف امره بالزيادة او باداء جنس اخر وبخلاف ما اذا صالح على اقل من الدين وهو من جنسه
حيث لا يرجع الا بقدر ما ادى لان الصلح على الاقل ابراء فيكون ابراء عنه لا تمليكا الا اذا صالحه على ان يهبه الباقي
فيفعل فحينئذ يرجع عليه بجميعه لانه ملك الدين كله بعضه بالاداء وبعضه بالهبة واما اذا تكفل بامر الصبي
او العبد المحجور عليهما فلان الامر بالكفالة استقراض منه من المامور واستقراضهما لا يصح ولا يوجب الضمان
وانما لزم الكفيل المال بالتزامه لان صحة الكفالة تعتمد التزامه باختياره لا امر الامر بخلاف الصبي والعبد
الماذون لهما لان امرهما بالكفالة بالمال والنفس صحيح وان لم يملكا ان يتكفلا عن احد لكونه تبرعا فيرجع عليهما
الكفيل **قال** وان كفل بغير امره لم يرجع لانه متبرع بادائه عنه وفيه خلاف مالك رحمه الله **قال** ولا يطالب
الاصيل بالمال قبل ان يؤدي عنه لانه التزم المطالبة وانما يتملك الدين بالاداء فلا يرجع قبل التملك بخلاف الوكيل
بالشراء حيث يرجع قبل الاداء لان الوكيل من الموكل بمنزلة البايع من المشتري فيما يرجع الى الحقوق لما انه انعقد
بينهما مبادلة حكمية حتى لو اختلفا في مقدار الثمن تحالفا فكان للوكيل ولاية حبس المبيع عن الموكل الى ان يوفي الثمن
كما كان ذلك للبايع اذ هو استفاد الملك من جهته فكان له ان يطالبه بالثمن قبل ان يؤدي كما كان للمشتري ان
يطالب المشتري منه اذا باع المبيع قبل ان يوفي الثمن الى البايع **قال** فان لوزم لازمه اي ان لوزم الكفيل
من جهة الطالب لازم هو الاصيل حتى يخلصه وكذا اذا حبس له ان يحبسه لانه هو الذي ادخله في هذه العهدة
ولحقه ما لحقه من جهته فيعامله بمثله حتى يخلصه من ذلك اذ تخليصه واجب عليه **قال** وبرئ باداء الاصيل
اي برئ الكفيل باداء الاصيل لان الاصيل يبرأ بالاداء وبراءته توجب براءة الكفيل لانه ليس عليه دين في الصحيح
وانما عليه المطالبة فقط ويستحيل ان يبقى المطالبة بدون الدين **قال** ولو ابرأ الاصيل او اخر عنه برئ الكفيل
وتاخر عنه اي لو ابرأ الطالب الاصيل او اجل دينه برئ الكفيل وتاجل الدين في حقه ايضا لما ذكرنا انه ليس
عليه الا المطالبة وهي تبع للدين فتسقط بسقوطه وتتاخر بتاخره بخلاف ما اذا تكفل بشرط براءة الاصيل ابتداء حيث
يبرأ الاصيل وحده دون الكفيل لان الكفالة [illegible] فيه صارت عبارة عن الحوالة مجازا اي اللفظ اذا اريد به
المجاز سقطت الحقيقة فصار الكفيل محالا عليه وبراءة المحيل لا توجب براءته على انه لا يبرأ المحيل عن الدين فيها في
رواية والاحكام تشهد به الا ترى انه اذا توى يرجع عليه واذا مات المحيل كان المحال اسوة الغرماء في المال المحال به
كان مات وعليه دين له ولغيره حققه ان الدين لم يسقط فيها بالاتفاق وانما تحول من ذمة الى ذمة اما الدين
او المطالبة على اختلاف الروايتين وذلك لا يوجب سقوطه ولا سقوط تبعه فلا يرد علينا اصلا **قال** ولا ينعكس
اي براءة الكفيل لا توجب براءة الاصيل ولا تاخيره عنه يوجب التاخير عن الاصيل لان الكفيل ليس عليه دين على ما بينا
واسقاط المطالبة او تاخيره لا يوجب سقوط الدين ولا تاخره الا ترى ان للدين وجودا بدونه ابتداء فكذا بقاء
بخلاف ما اذا تكفل بالمال الحال موجلا الى شهر مثلا حيث يتاجل عن الاصيل ايضا لانه لا مطالبة على الكفيل حال وجود
الكفالة فانصرف الاجل الى الدين **قال** ولو صالح احدهما رب المال على الف على نصفه برئا اي صالح الاصيل او الكفيل
الطالب على خمسماية عن الالف التي عليه برئ الكفيل والاصيل اما اذا صالح الاصيل فظاهر لانه بالصلح يبرأ هو وبراءته
توجب براءة الكفيل على ما بينا واما اذا صالح الكفيل فلان اضافة الصلح الى الالف اضافة الى ما على الاصيل لان
الكفيل ليس عليه دين وانما عليه المطالبة على ما بينا فيبرأ الاصيل عن الدين ضرورة اضافة الصلح الى الالف
فيبرأ لانه توجب براءة الكفيل على ما بينا فاذا برئ عن خمسماية بصلح ايهما كان فان ادى الكفيل الخمسماية
الباقية رجع على الاصيل بها ان كان بامره والا فلا يرجع ثم هذه المسألة على اربعة اوجه اما ان يذكر
في الصلح براءتهما فيبرآن جميعا او براءة الاصيل فكذلك الحكم او لم يشترط شيئا فكذلك ايضا او شرط ان
يبرأ الكفيل لا غير فيبرأ هو وحده من خمسماية والالف على حاله على الاصيل **قال** وان قال الطالب للكفيل

برئت الي من المال رجع على المطلوب اي الكفيل رجع على المكفول عنه لان هذا اقرار منه بالقبض من الكفيل
لان البراءة التي يكون ابتداؤها من الكفيل وانتهاؤها الى الطالب لا تكون الا بالايفاء منه فصار كانه قال
دفعت الي او نقدتني اي قبضته منك فيرجع عليه ولا يرجع الطالب على واحد منهما لاقراره بالاستيفاء من
الكفيل **قال** وفي برئت اي ابرأتك لا اي في قوله للكفيل برئت اي ابرأتك لا يرجع الكفيل على الاصيل لانه لم يقر
بالاستيفاء منه لان قوله برئت من غير ان يقول الي يحتمل انه برئ بابرائه ويحتمل انه برئ بالاداء
فلا يثبت له الرجوع بالشك وهذا عند [illegible] محمد وقال ابو يوسف يرجع عليه لانه لا يحتمل الا البراءة بالقبض
لانه اقر ببراءة ابتداؤها من المطلوب لانه نسب البراءة اليه ولا يتصور من المطلوب ان يبرأ الا بالاداء بان يضع
المال بين يديه ويخلي بينه وبين المال فيبرأ بذلك وان لم يوجد من الطالب صنع ولهذا لو كتب وقال برئ الكفيل
من المال يكون اقرارا منه بالقبض اجماعا فكذا هذا ولا فرق بينهما من حيث اللفظ وفرق محمد رحمه الله بينهما ان الصك
لا يكتب عادة الا اذا كانت البراءة بالايفاء وان كانت بالابراء لا يكتب وقوله ابرأتك ابتداء اسقاط لا اقرار منه
بالقبض الا ترى انه كيف نسب الفعل الى نفسه والكفيل لا يملك الدين بالابراء فلا يرجع به على الاصيل بخلاف
ما اذا ادى او وهبه الطالب على ما مر وبخلاف الوكيل بالشراء اذا ابرأه البايع عن الثمن حيث يرجع به على الموكل لما له
ما في ذمته وهذا كله فيما اذا كان الطالب غايبا وان كان حاضرا يرجع اليه في بيانه في الكل انه اوفاه او ابرأه
لزوال الاحتمال ويثبت حكمه **قال** وبطل تعليق البراءة من الكفالة بالشرط لان في الابراء معنى التمليك كالابراء
عن الدين وهذا على قول من يقول بثبوت الدين على الكفيل ظاهر وعلى قول من يقول بثبوت المطالبة لا غير لان
فيها تمليك المطالبة وهي كالدين لانها وسيلة اليه والتمليك لا يقبل التعليق بالشرط وقيل يصح لان الثابت فيها
على الكفيل المطالبة دون الدين في الصحيح فكان اسقاطا محضا كالطلاق والعتاق ولهذا لا يرتد ابراء الكفيل بالرد
لان الاسقاط يتم بالمسقط بخلاف التاخير عن الكفيل حيث يرتد بالرد لانه ليس باسقاط بل هو خالص حق المطلوب فيرتد
بالرد وبخلاف الابراء عن الدين لان فيه معنى التمليك **قال** والكفالة بحد وقود ومبيع ومرهون وامانة
يعني الكفالة بهذه الاشياء باطلة اما الكفالة باستيفاء الحد او القصاص فلان الكفالة انما تصح بمضمون
تجري النيابة في ايفائه ولا تجري النيابة في العقوبات لان المقصود من شرعها زجر المفسدين عن الفساد
فلا يمكن اقامتها على غير الجاني لعدم الفائدة واما الكفالة بالمبيع والمرهون والامانات كلها فلان الكفالة من شرط
صحتها ان يكون المكفول به مضمونا على الاصيل بحيث لا يمكنه ان يخرج عنه الا بدفعه او دفع بدله لان الكفالة
التزام المطالبة بما على الاصيل فلا بد ان يكون واجبا على الاصيل ومضمونا عليه حتى يتحقق معنى الضم والمبيع قبل
القبض ليس بمضمون وانما هو مضمون بالثمن الا ترى انه لو هلك لا يجب عليه شيء بل ينفسخ البيع وكذلك الرهن
غير مضمون عليه بنفسه وانما سقط دينه اذا هلك فلا يمكن ايجاب الضمان على الكفيل وهو ليس بواجب على الاصيل
وكذا الامانة ليست بمضمونة على الاصيل لا عينها ولا تسليمها وهي كالودايع والمضاربات والشركات فلا
يمكن جعلها مضمونة على الكفيل فلا تصح الكفالة بها **قال** وصح لو ثمنا ومغصوبا او مقبوضا على سوم الشراء او
مبيعا فاسدا يعني ان كان ثمن المبيع يجوز الكفالة به لان الثمن دين صحيح مضمون على المشتري والمغصوب والمقبوض
على سوم الشراء والمبيع في البيع الفاسد مضمون عليه حتى اذا هلكت عنده يجب الضمان عليه اذ القيمة تقوم
مقامه فامكن ايجابه على الكفيل بخلاف الاعيان المضمونة بغيرها كالمبيع والرهن وبخلاف الامانات على ما تقدم
ويجوز في الكل ان يتكفل بتسليم العين سواء كانت مضمونة او امانة لان تسليم العين واجب على الاصيل فامكن
التزامه فصار نظير التكفيل بالنفس لانه ما دام قايما يجب عليه تسليمه وان هلك يبرأ كالكفالة بالنفس وقيل
ان كان تسليمه واجبا على الاصيل كالعارية والاجارة جازت الكفالة بتسليمه لان التسليم غير واجب عليه فلا يمكن
ايجابه على الكفيل **قال** وحمل دابة معينة مستاجرة وخدمة عبد استاجره للخدمة يعني لا تجوز الكفالة

بالحمل فيما اذا استاجر دابة معينة للحمل عليها ولا بالخدمة فيما اذا استاجر عبدا للخدمة لان من شرطها ان
يكون قادرا على التسليم وهنا لا يقدر لانه استحق عليه الحمل على دابة معينة والكفيل لو اعطى دابة من عنده
لا يستحق الاجرة لانه اتى بغير المعقود عليه الا ترى ان الموجر لو حمله على دابة اخرى لا يستحق الاجرة فصار عاجزا
ضرورة وكذا العبد للخدمة بخلاف ما اذا كانت الدابة غير معينة لان المستحق على الموجر الحمل والكفيل يقدر على
ذلك بان يحمله على دابة نفسه ولو تكفل بتسليم الدابة فيما اذا كانت معينة جاز لما ذكرنا في المبيع قال رحمه الله وبلا
قبول الطالب في مجلس العقد يعني لا تصح الكفالة الا بقبول المكفول له في مجلس العقد وقال ابو يوسف تصح والخلاف
في الكفالة بالنفس والمال سواء وقيل عنده يشترط القبول لكنه لا يشترط في المجلس بل اذا بلغه بعد القيام من المجلس
فاجاز جاز ذكر قوله في المبسوط في موضعين فشرط الاجازة في احدهما دون الاخر وجه قول الاول ان الكفالة
التزام بمطالبة من غير ان يجب بمقابلته على غيره شيء فتصح كالاقرار وهذا لانه تصرف التزام في ذمته وله عليها
ولاية ولا ضرر على الطالب فيه فيتم به وحده كالنذر ووجه قوله الثاني انه تصرف للغير فيتوقف على رضاه
كساير العقود وعبارة الواحد عنده تقوم مقام عبارتين وان كان فضوليا كما في نكاح الفضولي فانه ينعقد عند
الاذن بعبارة الواحد فكذا عند عدم الاذن وانما تاثير الاذن عنده في اللزوم دون الانعقاد الا ترى ان البيع
لما كان ينعقد عند الاذن بعبارتين كان كذلك في الفضولي ولهما انه عقد تمليك فشطره لا يتوقف على ما وراء
المجلس كساير العقود ولانه تبرع على الطالب بالالتزام وانشاء سبب التبرع لا يتم بالمتبرع ما لم يقبله المتبرع
عليه كالهبة والصدقة ولا يمكن جعل عبارته قايمة مقام عبارتين حتى يكون كقبول الاخر لعدم ولايته عليه
فتعين الالغاء ولانه قد يكون ضررا عليه بان يرافعه الاصيل الى من يرى براءته من القضاة بالكفالة لان العلماء
مختلفون فيها فيعود ضررا عليه فلا تصح بدون قبوله بخلاف الاقرار لانه ليس بعقد وانما هو اخبار عن شيء
واقع فيقبل فيه قوله في حق نفسه اذ لم يتضمن اضرارا باحد قال رحمه الله الا ان يكفل وارث المريض عنه يعني لا تجوز
الكفالة الا بقبول المكفول له في المجلس عندهما الا في مسئلة واحدة وهي ان يقول المريض لورثته او لبعضهم تكفلوا
عني بما علي من الدين لغرمائي فتكفلوا عنه مع غيبة الغرماء فانه جايز استحسانا وان كان القياس ياباه على قولهما
اذ لا يتم الا بقبول فصار كما لو قال ذلك في حالة الصحة وجه الاستحسان انه في الحقيقة وصية منه لورثته
بان يقضوا دينه ولهذا تصح وان لم يسم المريض الدين وغرماءه لان الجهالة لا تمنع صحة الوصية ولهذا قالوا
لو تصح اذا لم يخلف مالا لان المريض في هذا الخطاب قايم مقام الطالب لحاجته اليه تفريغا لذمته بقضاء الدين
من تركته وهذا لانه لما تعلق فيه حق الغرماء والورثة بماله صار كالاجنبي عن ماله حتى لا تنفذ تصرفاته
وتوجهت المطالبة على الورثة بقضاء ديونه من التركة فقام المطلوب في هذا الخطاب مقام الطالب او نايبه
كان الطالب قال اضمن عن فلان او كانه حضر وقيل انما يصح بمجرد الطلب فلا يحتاج فيه الى القبول لان قوله تكفلوا
عني لا يراد به المساومة في هذه الحالة وانما يراد به تحقيق الكفالة فصار كالامر بالنكاح وفيما اذا قال المريض ذلك
لاجنبي فضمن الاجنبي بالتماسه فقيل لا يجوز لان الاجنبي غير مطالب بدينه بدون الالتزام فكان المريض
في حقه والصحيح سواء وقيل يصح لان المريض قصد به النظر لنفسه والاجنبي اذا قضى دينه بامره يرجع به في تركته
فيصح هذا من المريض على ان يجعل قايما مقام الطالب لتضيق الحال عليه لكونه على شرف الهلاك ومثل ذلك لا
يوجد من الصحيح فيوجد فيه بالقياس قال رحمه الله وعن ميت مفلس يعني لا تجوز الكفالة عن ميت لم يترك مالا وعليه
ديون وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد تجوز لما روي انه عليه السلام اتي بجنازة رجل من الانصار فسال هل عليه
دين فقالوا نعم درهمان او ديناران فامتنع من الصلاة فقال صلوا على اخيكم فقام ابو قتادة رضي الله عنه فقال هما علي
يا رسول الله وفي رواية قال ذلك علي رضي الله عنه فصلى عليه صلى الله عليه وسلم ولان الدين واجب عليه في حياته
وهو لا يسقط الا بالايفاء او الابراء او انفساخ سبب الوجوب ولم يوجد شيء من ذلك فلا يسقط ولهذا يبقى

في حكم الاخرة ولو تبرع به انسان صح ولو لم يكن عليه دين لما جاز للطالب اخذه من المتبرع وكذا يبقى اذا كان به
كفيل او ترك مالا وله انه كفيل بدين ساقط لان الدين هو الفعل حقيقة يقال وجب عليه الدين اي اداؤه كما
يقال وجبت عليه الصلاة ويراد به الاداء والاداء لا يتصور من الميت فسقط سواء كان له مال او لم يكن له مال في حق
احكام الدنيا وصحة الكفالة تقتضي قيام الدين في حق احكام الدنيا ليصح تحقيق معنى الكفالة وهو ضم الذمة الى
الذمة في حق وجوب المطالبة والمطالبة ساقطة عن الاصيل فلا يمكن ايجابها على الكفيل تبعا اذ لا يضم الموجود
الى المعدوم الا انه في الحكم مال لانه يؤول اليه اذ الوجوب لاجله وقد عجز عن الاداء بنفسه وبخلفه عن المال والكفيل
ففات المقصود وهو الاستيفاء فلا يبقى والتبرع لا يعتمد قيام الدين لانه تبرئة في حق الاخرة ولان الدين باق
في حق الطالب لانه لم يبرئهما واما الكفالة فامر بين الكفيل والاصيل لانه التزم ما على الاصيل وما رويناه كان اقرارا
منه بانه كان كفيلا عنه قبل الموت ويحتمل ان يكون وعدا منه لا كفالة فحاصله انه حكاية حال فلا يمكن الاحتجاج
به ولا يقال لو سقط الدين برئ الكفيل لان براءته توجب براءة الكفيل فلما لم يبرا علم ان عليه دينا فيجوز ابتداء
الكفالة به ايضا لانا نقول الكفيل خلف عنه فلا يبرا ونقول الدين في حق الطالب لا يسقط لان سقوطه ضروري
فلا يتعدى المطلوب قال رحمه الله وبالثمن للموكل ولرب المال به اي لا تجوز الكفالة بالثمن للموكل ولا لرب المال معناه
اذا وكل رجل رجلا ببيع شيء فباعه الوكيل ثم ضمن الثمن للموكل عن المشتري او ضمن مضارب لرب المال ثمن متاع
باعه عن المشتري لم يجز لان حق القبض الى الوكيل والمضارب بجهة الاصالة في البيع ولهذا لا يبطل بموت
الموكل او بموت رب المال او بعزله ولو وكل الموكل او رب المال بقبض الثمن ثم عزله صح عزله لان الثمن
وجب للوكيل او المضارب على المشتري اذ حقوق العقد راجعة الى العاقد وكذا المضارب لو وكل
رب المال بقبض الثمن لم يعزله لانه العاقد فترجع الحقوق اليه والعاقد لغيره في حق الحقوق
كالعاقد لنفسه ولهذا اختصت المطالبة به ولو حلف المشتري ما للموكل عليه شيء كان بارا في يمينه
ولو حلف ما للوكيل عليه شيء حنث فاذا ثبت ان الوكيل اصيل في القبض فاذا ضمن صار ضامنا لنفسه
فلا يجوز بخلاف الرسول والوكيل ببيع الغنايم من جهة الامام والوكيل بالتزويج حيث يصح ضمانهم
بالثمن والمهر لان كل واحد منهم سفير ومعبر حتى لو نهاه الامر عن قبض البدل صح نهيه ولانهما امينان
في الثمن شرعا واشتراط الضمان عليهما تغيير لحكم الشرع فلا يجوز فصار نظير من سلم في اخر الصلاة يريد
به قطع الصلاة وعليه سجود السهو فانه يرد عليه قصده حتى كان له ان يسجد للسهو ما لم يفعل ما ينافي
الصلاة قال رحمه الله وللشريك اذا بيع عبد صفقة اي اذا باع رجلان عبدا مشتركا بينهما من رجل صفقة واحدة
وضمن احدهما لشريكه نصيبه من الثمن لا يجوز لانه يصير ضامنا لنفسه لانه ما من جزء يؤديه المشتري
او الكفيل من الثمن الا ولشريكه فيه نصيب ولانه يؤدي الى قسمة الدين قبل القبض وانه لا يجوز اذ
القسمة عبارة عن الافراز والحيازة وهو ان يصير حق كل واحد منهما مفرزا في حيز على حدة وذا لا يتصور
في غير العين لان الفعل الحسي يستدعي محلا حسيا والدين حكمي فلا يرد عليه الفعل الحسي فاذا لم تصح قسمته
يكون كل شيء يؤديه الى شريكه مشتركا بينهما فيرجع المؤدي بنصف ما ادى لكونه مشتركا بينهما ثم يرجع
ايضا بنصف الباقي الى ان لا يبقى في يده شيء فيؤدي لجوازه ابتداء ابطاله انتهاء بخلاف ما اذا باعاه
صفقتين بان سمى كل واحد منهما لنصيبه ثمنا حيث يصح ضمان احدهما فيه للاخر لان نصيب كل واحد
منهما ممتاز عن نصيب الاخر فلا شركة الا ترى ان المشتري لو قبل نصيب احدهما ورد نصيب الاخر صح
وكذا لو قبل الكل ونقد حصة احدهما للناقد قبض نصيبه ولهذا لو استوفى احدهما نصيبه من المشتري
او بعضه لا يشاركه الاخر وفي الفصل الاول يشاركه ولو تبرع بالاداء في هذه الفصول من غير ضمان
جاز لان التبرع لا يتم الا بالاداء وعند الاداء يصير مسقطا حقه في المشاركة فيصح وامتناع الكفالة

مطلب فيما اذا استاجر دابة معينة للحمل وعبدا للخدمة

وكذا اذا كان العبد غير معين تجوز الكفالة فيه لما بينا مستخلص

وهو تمليك المطالبة من غير تقوم بهما جميعا والموجود شطره فلا يتوقف على ما وراء المجلس مستخلص

مطلب الاقرار لا يحتاج لقبول

مطلب اذا امر المريض وارثه بالتكفل لا يحتاج لقبول رب المال

الا بقبول المكفول له في المجلس هد

لايدل على امتناع التبرع الاترى ان الكفالة ببدل الكتابة لاتجوز ويجوز التبرع به قال رحمه الله وبالعهدة
اى لاتجوز الكفالة بالعهدة وصورتها ان يشترى عبدا من رجل مثلا فيضمن للمشترى رجل بالعهدة وانما
لاتجوز لان العهدة اسم مشترك قد يقع على الصك القديم لانه وثيقة بمنزلة كتاب العهدة وهو
ملك البايع ولايلزمه التسليم فاذا ضمن تسليمه الى المشترى فقد ضمن مالايقدر عليه فلا يصح ويطلق
على العقد لانها ماخوذة من العهد والعقد والعهد واحد وعلى حقوق العقد لانها من ثمرات العقد
وعلى الدرك وعلى خيار الشرط فى الخبر عهدة الرقيق ثلاثة ايام اى خيار الشرط فيه فتعذر العمل بها
قبل البيان فبطل الضمان للجهالة بخلاف الدرك فان ضمانه صحيح لانه عبارة عن ضمان الثمن عند
استحقاق المبيع وهو معلوم مقدور التسليم ولايقال ينبغى ان يصرف الى مايجوز الضمان به وهو
الدرك تصحيحا لتصرفه لانا نقول فراغ الذمة اصل فلا يثبت الشغل بالشك والاحتمال قال رحمه الله
والخلاص اى لاتجوز الكفالة بالخلاص وهذا عند ابى حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد يجوز لان تفسيره عندهما
تخليص المبيع ان قدر عليه ورد الثمن ان لم يقدر عليه وهذا ضمان الدرك فى المعنى وابو حنيفة يقول
تفسيره تخليص المبيع لامحالة فهو لايقدر على ذلك لان المستحق لايمكنه منه ولو ضمن تخليص المبيع او رد
الثمن جاز لانه ضمن مايمكن الوفاء به وهو تسليم المبيع ان اجاز المستحق البيع او رد الثمن ان لم يجز قال رحمه الله
ومال الكتابة اى لاتجوز الكفالة بمال الكتابة لانه دين يثبت مع المنافى وهو دين المولى على مملوكه
فلا يظهر فى حق الكفالة ولانه مخير بين ان يعجز نفسه وبين ان يوفى فلا يفيد ايجابه على الكفيل على
هذه الصفة لعدم الفايدة واثباته مطلقا ينافى معنى الضم لان من شرطه الاتحاد ولان على الاصيل
اداء ملك المولى من وجه والكفيل لايجد هذا المال وهذا لان المكاتب اذا اعتق يبرا عن بدل الكتابة
لان عليه اداء مال هو ملك المولى من وجه ولايجد ذلك بعد العتق ولايمكن ايجاب الزيادة عليه فيبرا
فصل قال رحمه الله لو اعطى المطلوب الكفيل قبل ان يعطى الكفيل الطالب لايسترد منه اى لو قضى
المكفول عنه الدين للكفيل قبل ان يعطى الكفيل المكفول له ليس للمكفول عنه ان يسترد منه لانه تعلق
به حق القابض على احتمال قضائه الدين فلا يسترجع منه مادام هذا الاحتمال باقيا كمن عجل الزكاة
ودفعها الى الساعى وكمن اشترى شيئا بشرط الخيار ونقد الثمن قبل مضى مدة الخيار ثم اراد ان يسترد
قبل نقض البيع ليس له ذلك لان الدفع كان لغرض وهو ان يصير زكاة وثمنا عند مضى الحول ومضى
مدة الخيار فما دام هذا الاحتمال قايما لايسترد ولانه ملكه بالقبض لان المطلوب دفعه اليه على وجه
القضاء واخذه الكفيل على وجه الاقتضاء بان قال له وقت الدفع انى لا آمن ان ياخذ الطالب حقه منك
فانا اقضيك المال قبل ان تؤديه بخلاف ما اذا كان الدفع على وجه الرسالة بان قال الآمر للكفيل
خذ هذا المال وادفعه الى الطالب حيث لايصير المؤدى ملكا للكفيل بل هو امانة فى يده ولكن لايكون
له ان يسترده من يد الكفيل لانه تعلق بالمؤدى حق الطالب وهو بالاسترداد يريد ابطاله فلا يمكن منه
مالم ينقض دينه كالمسئلة الاولى ولانه بالكفالة وجب للكفيل على المطلوب حق كما وجب على الكفيل
للطالب ولهذا لو اخذ الكفيل من الاصيل رهنا به جاز وكذا لو ابرا الكفيل الاصيل من هذا الدين
او وهبه له قبل ان يدفع الى الطالب جاز حتى لو ادى بعد ذلك لايرجع عليه فيثبت بهذا ان
للكفيل دينا على الاصيل الا انه ليس له ان يرجع عليه حتى يؤدى عنه فصار نظير الدين المؤجل فانه بالاستيفا
يملك فكذا هذا ثم بالاسترداد يكون نقضا لما تم من جهته فلا يمكن منه قال رحمه الله وماربح الكفيل له
اى اذا ربح الكفيل بالمال الذى قبضه من المطلوب قبل ان يعطى هو الطالب طاب له الربح لانه ملكه
بالقبض فكان الربح بدل ملكه ولايتصدق به سواء قضى الدين هو او الاصيل لانه بالكفالة وجب له

مطلب لاتجوز الكفالة بالعهدة
مطلب ضمان الدرك صحيح
مطلب ولو ضمن تخليص المبيع او رد الثمن جاز
مطلب المكاتب اذا اعتق يبرا عن بدل الكتابة
وهو الاصيل
مطلب الدفع للكفيل اذا كان على وجه الرسالة
مطلب لو اخذ الكفيل من الاصيل رهنا جاز
مطلب واذا ربح الكفيل بما قبضه من المطلوب طاب له

على الاصيل دين الا انه تاخرت مطالبته حتى يدفع فنزل منزلة الدين المؤجل فيملكه بالقبض على ما بينا الا
انه فيه نوع خبث اذا قضى الاصيل الدين عند ابى حنيفة لما نذكر فلا يعمل فيما لايتعين على ما بينا فى البيوع
وان قضى الكفيل فلا خبث فيه بالاجماع هذا اذا قبضه على وجه الاقتضا وان قبضه على وجه الرسالة
لايطيب له الربح على قول ابى حنيفة ومحمد لعدم الملك وعلى قول ابى يوسف يطيب لعدم التعيين واصل
الخلاف فى الربح بالدراهم المغصوبة قال رحمه الله وندب رده على المطلوب لو شيئا يتعين يعنى يستحب
رد الربح على المكفول عنه اذا كان المقبوض شيئا يتعين كالحنطة والشعير وهذا اذا قضى الاصيل الدين
على قول ابى حنيفة وعنه انه يتصدق به وقالا يطيب له الربح وهو ملكه بالقبض على ما قال ما لو قضى
دينه المؤجل وربح فيه وله ان الخبث تمكن مع الملك فيما يتعين لان اقتضاءه قاصر الا ترى ان المكفول
عنه بسبيل من قضاء دينه واسترداده العين المقبوضة فلا يخلو عن الشبهة فاذا لم يطب له يتصدق
فى رواية على الفقراء وفى رواية يرده على الاصيل لان الكراهية لحقه ثم ان كان الاصيل فقيرا يطيب له
وان كان غنيا ففيه روايتان والاشبه انه يطيب له هذا اذا اعطاه على وجه القضاء لدينه وان دفع
اليه على وجه الرسالة لايطيب له الربح بالاتفاق لانه لايملكه ويتعلق العقد بعينه لتعينه فتكون الحرمة
فيه حقيقة كالمغصوب المتعين اذا ربح فيه بخلاف ما لايتعين عند ابى يوسف وقد بيناه من قبل قال رحمه الله
ولو امر كفيله ان يتعين عليه حريرا ففعل فالشراء للكفيل والربح عليه وتفسيره ان الاصيل امر الكفيل
ببيع العينة وهو ان يقول له اشتر من الناس حريرا او غيره من الانواع ثم بعه فما ربحه البايع منك
وخسرته فعلى وصورته ان ياتى هو الى تاجر فيطلب منه القرض ويطلب التاجر الربح ويخاف
من الربوا فيبيعه التاجر ثوبا يساوى عشرة مثلا بخمسة عشر نسيئة ليبيعه هو فى السوق بعشرة فيصل
الى العشرة ويجب عليه للبايع خمسة عشر الى اجل او يقرضه خمسة عشر درهما ثم يبيعه المقرض ثوبا
يساوى عشرة دراهم بخمسة عشر فياخذ الدراهم التى اقرضه على انها ثمن الثوب فيبقى عليه الخمسة عشر
قرضا فاذا فعل ذلك نفذ عليه والربح الذى ربحه التاجر يلزمه ولايلزم الآمر شىء من ذلك لانه
اما ضامن لما يخسره كما قال بعضهم نظرا الى قوله على لانها للوجوب فلا يجوز كما لو قال لرجل بايع فى السوق
فما خسرت فعلى واما توكيل بالشراء كما قاله البعض نظرا الى الآمرية فلا يجوز ايضا للجهالة نوع الحرير
وثمنه وسمى هذا النوع من البيع عينة لما فيه من السلف يقال باعه بعينة اى نسيئة من عين الميزان
وهو ميله لان فيها زيادة وقيل لانها بيع العين بالربح وقيل هى شراء ما باع باقل مما باع وتحمل ما فيها
من الاعراض عن الدين الى العين وهو مكروه لما فيه من الاعراض عن مبرة الاقراض مطاوعة لشح النفس
وهذا النوع مذموم شرعا اخترعه اكلة الربوا وقال عليه السلام اذا تبايعتم بالعين واتبعتم اذناب
البقر ذللتم وظهر عليكم عدوكم قال رحمه الله ومن كفل عن رجل بما ذاب له عليه او بما قضى له عليه فغاب المطلوب
فبرهن المدعى على الكفيل ان له على المطلوب الفا لم تقبل لانه كفل بما يجب فى المستقبل بالقضاء
او باى سبب كان وذلك لم يوجد لان القضاء على الغايب لايجوز فلم يوجب شيئا ولم يوجد شرطه ولهذا
لو اقر الكفيل على الاصيل بالف درهم لايجب على المكفول عنه لان اقراره لايوجب على الاصيل وشرط لزوم
الكفيل فى هذه الكفالة الوجوب على الاصيل فكذا القضاء وهو غايب ولانه يحتمل ان يكون واجبا قبل
الكفالة فلا يجب عليه ويحتمل ان يكون واجبا بعده فيجب عليه فلا يدخل تحت الكفالة بالشك
حتى لو ادعى الوجوب بعد الكفالة بان قال حكم لى عليه القاضى فلان بكذا بعد الكفالة واقام البينة
قبلت بينته لانه ادعى عليه مالا دخل فى الكفالة ولزمه المال قال رحمه الله ولو برهن ان له على زيد
كذا وان هذا كفيل عنه بامره قضى به عليهما ولو بلا امر قضى على الكفيل فقط اى لو احضر شخصا

وهى الدراهم والدنانير
ولا يجبر فى الحكم مسكين
بان قال له انى لا آمن ان تاخذ منك الطالب حقه فانا اقضيك المال قبل ان تؤديه مسكين
انت مع
ضد الضمان ليس يتحد والعقد هو الكفيل ويكون الخسران عليه مسكين
وقيل لانها العينة مسكين
مطلب لو ادعى الوجوب بعد الكفالة واقام بينة على حكم القاضى
مطلب ولو برهن ان له على زيد المال وهذا كفيله بامره

على الاصيل

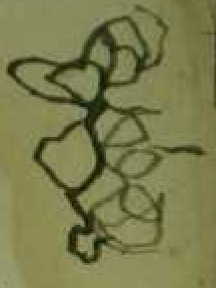
عند القاضي فاقام البينة ان له على زيد الغايب الف درهم وان هذا الشخص كفل عنه بامره قبلت
البينة وقضى على الاصيل والكفيل جميعا ولو اقام البينة انه كفل عنه بغير امره قضى على الكفيل فقط ولا
يقضى على الغايب لان المدعى هنا مال مطلق فامكن اثباته بخلاف ما تقدم على ما بيناه وانما يختلف بالامر
وعدمه لانهما يتغايران لان الكفالة بامره تبرع ابتداء معاوضة انتهاء وبغير امره تبرع ابتداء
وانتهاء فالقضا باحدهما لا يكون قضاء بالاخر واذا قضى بها بالامر ثبت وهو يتضمن الاقرار بالمال
فيصير مقضيا عليه والكفالة بغير امره لا تمس جانبه لان صحتها تعتمد قيام الدين في زعم الكفيل فلا
يتعدى اليه وفي الكفالة بامره يرجع الكفيل بما ادى على الامر وقال زفر رح لا يرجع لانه لما انكر الكفالة
فقد ظلم في زعمه فليس له ان يظلم غيره ونحن نقول صار مكذبا شرعا فبطل زعمه فيرجع عليه كما يرجع
المشتري على البايع بالثمن اذا استحق المبيع وان كان في زعمه ان البيع صحيح لما قلنا فان قيل كيف يقضى على
الغايب اذا كانت الكفالة بامره والقضا على الغايب لا يجوز عندنا قلنا اذا لم يتوصل الى حقه على الحاضر
الا باثباته على الغايب يجوز القضا كما يجوز اذا ادعى عبد ان الحاضر اشتراه من مولاه الغايب ثم اعتقه
فانكر الحاضر الشراء والاعتاق كان الحاضر خصما عن مولاه حتى اذا اثبت العبد الشراء والعتق نفذ على الغايب
حتى اذا حضر ليس له ان يدعيه قال رح وكفالته بالدرك تسليم معناه اذا باع رجل دارا مثلا وكفل رجل
للمشتري عن البايع بالدرك وهو ضمان الثمن عند استحقاق المبيع فكفالته تسليم للمبيع واقرار منه انه لا
حق له فيها حتى لو ادعى ان الدار ملكه او ادعى فيها الشفعة او الاجارة لا تسمع دعواه لان الكفالة ان كانت
مشروطة في البيع توقف جوازه على قبول الكفيل الكفالة في المجلس واذا قبل وابرم يتقوى ثم ادعى الملك
او غيره صار ساعيا في نقض ما تم من جهته ومن سعى في نقض ما تم من جهته ضل سعيه في الحيوة الدنيا
وان لم تكن مشروطة في البيع فالمطلوب من هذه الكفالة اتمام البيع واحكامه بان لا يرغب فيها المشتري
الا بالكفالة تخوفا من الاستحقاق فيكون اقرارا منه بان البايع مالك لها وقت البيع ولا تصح دعواه بعد
ذلك قال رح وشهادته وختمه لا اي كتابة شهادته وختمه لا يكون تسليما حتى اذا ادعاه بعده تقبل
دعواه لان الشهادة ليس فيها ما يدل على انه اقر للبايع بالملك اذ البيع يوجد من غير المالك كما يوجد من
المالك ولعله كتب الشهادة ليحفظ الواقعة او لينظر في البيع حتى اذا راى فيه مصلحة اجازه وليس فيها
ما يدل على نفاذه بخلاف ضمان الدرك لان مقصوده الابرام على ما بينا حتى لو شهد هنا ايضا عند الحاكم
بالبيع وقضى بشهادته او لم يقض يكون تسليما حتى لا تسمع دعواه بعد ذلك لان الشهادة بالبيع على انسان
اقرار منه بنفاذ البيع باتفاق الروايات لان العاقل يريد بتصرفه الصحة فيصير كانه قال باع وهو يملكه
او باع بيعا باتا نافذا او كتب في الشهادة كذلك من غير ان يقول فيه على زعم المتعاقدين او اقرارهما فيكون
بدعواه بعده مناقضا بخلاف مجرد الكتابة في الصك لانه لا يتعلق به حكم وانما هو مجرد اخبار وهو لو
اخبر بان فلانا باع شيئا كان له ان يدعيه وقوله وختمه وقع اتفاقا باعتبار عادتهم فانهم كانوا يختمون
بعد كتابة اسمائهم على الصك خوفا من التغيير والتزوير والحكم لا يختلف بين ان يكون الصك مختوما
او غير مختوم قال رح ومن ضمن عن اخر خراجه او رهن به او ضمن نوايبه او قسمته صح اما الخراج
فلانه دين له مطالب من جهة العباد فصار كساير الديون وهذا لانه يجب حقا للمقاتلة بدلا عن الذب
والاستحفاظ والمحاماة عن بيضة الاسلام فكان بمنزلة الاجرة بخلاف الزكاة في الاموال الظاهرة لان الواجب
فيها جزء من النصاب وهو عين غير مضمون بدليل انه لو هلك لا يوخذ منه شيء والكفالة باعيان غير مضمونة
لا تجوز ولان الواجب فيها فعل هو عبادة والمال محله ولهذا لا يوخذ من تركته بعد موته الا بوصية فلا
تجوز الكفالة بها كساير العبادات ثم قيل المراد بالخراج الخراج الموظف وهو الذي يجب في الذمة بان يقول

لان هذا ترغيب للمشتري فيكون بمنزلة الاقرار بملك البايع على انه الكفالة هذه لو لم تكن مشروطة في البيع بان كان المشتري لا يشتريها الا بالكفالة تكون تمام العقد بقبوله الكفالة الخ مستخلص

ظ فبطل دعواه للتناقض لما مر انه يمنع دعوى الملك مستخلص

اي لو كتب شهادته على الشراء وختم على ذلك الصك ثم ادعى الشاهد بعد ذلك ان الدار له تسمع دعواه فلا يكون الشهادة والختم تسليما واقرارا ان الملك للبايع مسكين

واعلم ان الجواب المذكور في الكتاب محمول على ما اذا كتب اشهد فلان بالبيع واقر او كتب ... جرى البيع بمشهودي او كتب ... عندي اما اذا كتب ما يوجب صحة البيع ونفاذه بان كان في صك البيع باع فلان كذا وهو يملكه او باع بيعا باتا نافذا وهو كتب لشهد بذلك فلا تصح دعواه مسكين



الامام في كل سنة في مال على ما يراه لا الخراج المقاسمة وهو الذي يقسمه الامام من غلة الارض لانه غير
واجب في الذمة ولم يكن في معنى الدين والرهن كالكفالة لان كل واحد منهما للتوثق فيجوز في كل موضع
تجوز الكفالة فيه واما النوايب فقد اختلفوا في صورته فقال بعضهم اريد به ما يكون بحق كاجرة
الحراس واجرة كري النهر المشترك والمال الموظف لتجهيز الجيش وفدا الاسرى وقال بعضهم اريد به ما ليس
بحق كالجبايات التي في زماننا تاخذها الظلمة بغير حق فان كان مراد المص هو الاول جازت الكفالة به
بالاتفاق لانه واجب مضمون وان كان مراده الثاني ففيه اختلاف المشايخ فقال بعضهم لا تجوز الكفالة
به منهم صدر الاسلام البزدوي لان الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة او في الدين وهنا لا دين ولا
مطالبة على الاصيل فلا يتحقق معنى الضم وقال بعضهم تجوز منهم فخر الاسلام علي البزدوي رح لانها في
المطالبة مثل ساير الديون بل فوقها والعبرة في باب الكفالة للمطالبة لانها شرعت لالتزامها ولهذا قلنا
ان من قام بتوزيع هذه النوايب على المسلمين بالقسط يوجر وان كان الاخذ بالاخذ ظالما وقلنا ان من قضى
نايبة غيره بامره رجع عليه وان لم يشترط الرجوع كمن قضى دين غيره بامره واما القسمة فقد قيل هي ما اصاب
الواحد من النوايب لان القسمة هي النصيب قال الله تعالى ونبئهم ان الماء قسمة بينهم اي نصيب وقيل
هي النوايب بعينها غير ان القسمة ما يكون راتبا والنوايب ما ليس براتب وانما يوظفه الامام عند الحاجة
اذا لم يكن في بيت المال شيء وقد بينا ما هو جائز بالاجماع وما هو مختلف فيه وقال ابو بكر ابن ابي سعيد
هذا اللفظ وقع غلطا لان القسمة مصدر والمصدر فعل وهو لا يكون مضمونا وقيل هي ان يمتنع احد الشريكين
من القسمة بينه وبين صاحبه فيضمنه انسان لانها واجبة وقال بعضهم معناها اذا اقتسما ثم منع احد
الشريكين قسم صاحبه والرواية باو وهي لاحد المذكورين وفي الاباحة نعم وكذا في النفي قال رح ومن قال
لاخر ضمنت لك عن فلان مائة الى شهر فقال هي حالة فالقول للضامن يعني اذا اقر انه كفيل بدين عن
فلان وادعى الاجل فصدقه المقر له وهو الطالب في الدين وكذبه في الاجل كان القول قول المقر لانه
اقر له بثبوت حق المطالبة بعد شهر والمقر له يدعي عليه المطالبة في الحال وهو منكر فكان القول قوله بخلاف
ما اذا اقر بالدين الموجل فصدقه المقر له في الدين وكذبه في الاجل حيث يكون القول فيه قول المقر له
لان المقر اقر بالدين ثم ادعى حقا لنفسه وهو الاجل فلا يقبل قوله بلا بينة ولان الاجل في الكفالة نوع حتى يثبت
فيها من غير شرط بان كان الدين موجلا على الاصيل وفي الدين عارض حتى لا يثبت الا بشرط فكان القول لمن ينكر
العوارض وفي النوع القول للمقر لانه صفة الدين وقال الشافعي رح القول للمقر فيهما لان الاجل وصف
فيهما يقال دين موجل وحال وفي الاوصاف القول للمقر وقال ابو يوسف القول للمقر له في الفصلين رواه عنه
ابراهيم بن يوسف لان المقر قد اقر له بحق ثم ادعى تاخيره فلا يصدق الا بحجة لانه ادعى ان له على صاحبه حقا
وهو التاخير الا ترى انه لو اقر بالكفالة على انه بالخيار جاز اقراره بالكفالة وبطل الخيار لما قلنا ونحن بينا
الفرق بين الفصلين وليس هذا كالخيار لان الخيار معنى يبطل الكفالة فلا يصدق بابطالها بعد الاقرار بها
بخلاف الاجل لانه ليس بابطال وانما هو نوع في الكفالة على ما بينا وما قاله الشافعي ان الاجل وصف الدين
لا يستقيم لانه ليس بصفة الدين في الحقيقة وان كان وصفا له لفظا الا ترى ان الدين حق الطالب والاجل
حق المطلوب ولو كان وصفا له لما اختلف مستحقهما كالجودة والرداءة فيه والحيلة فيما اذا كان عليه دين
موجل وادعى عليه وخاف الكذب ان انكر والمواخذة في الحال ان اقر ان يقول للمدعي هذا الذي تدعيه
من المال حال ام موجل فان قال موجل فلا دعوى عليه في الحال وان قال حال فينكره وهو صادق فلا حرج
عليه وقيل من عليه الدين موجلا اذا انكر الدين وقال ليس له قبلي اليوم حق فلا باس به اذا لم يرد اتواء حقه
قال رح ومن اشترى امة وكفل له رجل بالدرك فاستحقت لم ياخذ المشتري الكفيل حتى يقضى له بالثمن على البايع

الكفالة ... فعندنا فيه اختلاف المشايخ والفتوى على ان الكفالة بها جايزة لانها صارت كالديون الصحيحة حتى لو اخذ [illegible] منه له الرجوع على مالك الارض مستخلص

اي المقاطعات الديوانية في كل شهر او ثلاثة اشهر مسكين

وفي الكفالة لزمه ما اقر بعد شهر لانه لا دين عليه في الصحيح على ما قدمنا وانما اقر بمجرد المطالبة بعد شهر مستخلص

الا ينقض البيع ما لم يقض بالثمن على البايع ثم يجب على الاصيل رد الثمن فلا يجب على الكفيل مستخلص

لان الكفالة بالدرك هو ضمان الثمن عند خروج المبيع عن ملكه بالاستحقاق وهو لم يخرج عن ملكه ما لم ينفسخ البيع
ويحكم على البايع برد الثمن على المشتري وبمجرد الاستحقاق لا ينفسخ ولهذا لو اجاز المستحق البيع قبل الفسخ جاز
ولو كان منتقضا لما جاز فاذا لم ينتقض لم يجب الثمن على البايع ولم يخرج عن ملكه لان بدل المستحق مملوك
الا ترى انه لو كان ثمنها عبدا فاعتقه البايع في هذه الحالة عتق وكذا لو كان المشتري باع الجارية من انسان
فاستحقت من يد الثاني ليس للمشتري الاول ان يرجع على بايعه ما لم يقض عليه بالثمن للثاني كيلا يجتمع
البدلان في ملك واحد فاذا حكم الحاكم بالثمن عليه انتقض وسقط احتمال الاجازة ولزم البايع رد الثمن
فيلزم كفيله ضرورة بخلاف القضاء بالحرية لان البيع يبطل بها لعدم المحلية فيرجع على البايع والكفيل به
وعن ابي حنيفة ان البيع ينتقض بمجرد الاستحقاق لان الخصومة من المستحق وطلب الحكم من القاضي دليل
على النقض فينتقض البيع كما ينتقض بالنقض صريحا فلو تعمل اجازة المستحق بعد ذلك وعن ابي يوسف مثله فعلى
هذا يرجع به عليه بمجرد القضاء بها له وعن ابي يوسف انه ان اخذ العين بعد الحكم ينفسخ البيع لان اخذه دليل
الفسخ والظاهر هو الاول

باب كفالة الرجلين والعبدين

واذا كان على رجلين دين عليهما وكل كفل عن صاحبه فما
اداه احدهما لم يرجع به على شريكه فان زاد على النصف رجع بالزيادة معناه اذا كان لرجل دين على
اثنين بان اشتريا منه عبدا وتكفل كل واحد منهما عن صاحبه فما اداه احدهما لا يرجع به على شريكه
حتى يزيد ما يؤديه على النصف فيرجع بالزيادة لان كل واحد منهما في النصف اصيل وفي النصف كفيل
فما يؤديه ينصرف الى ما عليه اصالة اذ لا معارضة بين ما عليه بطريق الاصالة وبين ما عليه بطريق
الكفالة لان الاول دين ومطالبة والثاني مطالبة فقط فلا يعارض الاول وكذا سبب الاول وهو البيع
اقوى من سبب الثاني وهو الكفالة ولهذا ينفذ الاول من المريض من جميع ماله وان كان عليه دين والثاني
لا ينفذ الا من الثلث بشرط ان لا يكون عليه دين وان كان عليه دين مستغرق لا ينفذ اصلا فكان الكل
فلا يعارضه الضعيف وهذا نظير ما لو اشترى ثوبا وفضة بفضة فتقبضهما وقبض الاخر من الفضة
الخالصة قدر فضته ثم افترقا قبل قبض الباقي يجعل المقبوض عن الصرف لان الصرف اقوى وكذا حتى
اوجب القبض قبل الافتراق ولان الكفالة توجب المطالبة وهي تبع للدين فلا معارضة بين الاصل والتبع
ولانه لو وقع في النصف عن صاحبه كان لصاحبه ايضا ان يرجع عليه بان يجعل المؤدى عنه لان المؤدي
نايبه واداء نايبه كادائه فيؤدي الى الدور فيسقط ولا معارضة فيما زاد على ما عليه بطريق الاصالة
ولا دور فيرجع عليه به ولو كان ما عليه مؤجلا وما على صاحبه حالا صح تعيينه لانه لا معارضة
اذ لا يجب ما عليه في الحال وليس لشريكه ان يرجع عليه لان الكفيل اذا عجل دينا مؤجلا ليس له ان يرجع
على الاصيل قبل حلول الاجل وكذا لو كفل احدهما عن صاحبه دون الاخر وادى الاخر فجعله عن
صاحبه يصدق وهي واردة على مسألة الكتاب قال وان كفلا عن رجل وكفل كل عن صاحبه فما
ادى رجع بنصفه على شريكه او بالكل على الاصيل معناه اذا كان على رجل دين الف درهم مثلا فكفل عنه
رجلان كل واحد منهما بجميعه على الانفراد ثم كفل كل واحد من الرجلين عن صاحبه على الزيد بالكفالة لان
الكفالة عن الكفيل جايزة كما تجوز عن الاصيل فما ادى احدهما رجع بنصفه على صاحبه ثم يرجعان
على الاصيل ان شاء وان شاء رجع هو بالكل على الاصيل لان ما عليهما مستويان فلا ترجيح للبعض
على البعض اذ الكل كفالة فيكون المؤدى شايعا عنهما فيرجع بنصفه على شريكه اذ لو ادى الى الوكالة
لان قضيته الاستواء وقد حصل برجوع احدهما بنصفه وليس لصاحبه ان ينقض الاستواء بالرجوع
عليه مراعاة لما اقتضاه العقد اذ الاستواء في السبب يوجب الاستواء في الحكم وهو الغرم بخلاف المسألة
الاولى لان الترجيح فيها حاصل من الابتداء فلا يضره الرجوع فيؤدي الى الدور ثم يرجعان على الاصيل

لانهما اديا عنه دينه بامره احدهما بنفسه والاخر بنايبه وان شاء المؤدي رجع بالجميع على الاصيل
لانه كفل الجميع بامره هذا اذا تكفل كل واحد منهما عن الاصيل بجميع الدين على التعاقب ثم كفل كل واحد
منهما عن صاحبه بالجميع واما اذا تكفل كل واحد منهما بالنصف ثم تكفل كل واحد منهما عن صاحبه فهي كالمسألة
الاولى في الصحيح حتى لا يرجع على شريكه بما ادى ما لم يزد على النصف وكذا لو تكفلا عن الاصيل بجميع الدين
معا ثم تكفل كل واحد منهما عن صاحبه لان الدين ينقسم عليهما نصفين فلا يكون كفيلا عن الاصيل بالجميع
وكذا لو كفل كل واحد منهما عن الاصيل بالجميع متعاقبا ثم كفل كل واحد منهما عن صاحبه بالنصف قال
وان ابرأ الطالب احدهما اخذ الاخر بكله لان ابراء الكفيل لا يوجب براءة الاصيل فبقي المال كله على الاصيل
والاخر كفيل عنه بكله فيأخذه به قال ولو افترق المتفاوضان اخذ الغريم ايا شاء بكل الدين لان كل
واحد منهما كفيل عن الاخر على ما بيناه في الشركة قال ولا يرجع حتى يؤدي اكثر من النصف لما بيناه من الوجهين
في كفالة الرجلين قال وان كاتب عبدين كتابة واحدة وكفل كل عن صاحبه فما ادى احدهما رجع بنصفه
وهذا استحسان والقياس ان لا يجوز لان فيه كفالة المكاتب والكفالة ببدل الكتابة وكل واحد منهما
بانفراده باطل وعند الاجتماع اولى فصار كما اذا اختلفت كتابتهما وجه الاستحسان ان تصرف الانسان
يجب تصحيحه بقدر الامكان وقد امكن لتصحيح هذه الكفالة بان يجعل المال كله على كل واحد منهما في حق
المولى وفي حق نفسه وعتق الاخر معلقا بادائه فيطالب المولى كل واحد منهما بجميع المال بحكم الاصالة
لا بحكم الكفالة فايهما ادى عتق وعتق الاخر بتعاليه كما في ولد المكاتب لكن كل واحد منهما كفيل في حق صاحبه
لان المال في الحقيقة مقابل برقبتهما حتى انقسم عليهما فصارت كفالته بما عليه اصالة وكفالة المكاتب بما عليه
اصالة جايز فكان كل واحد منهما اصيلا في الكل كفيلا في حق صاحبه بالكل ولا تظهر الكفالة الا في حق
صاحبه لانها ضرورية فيتقدر بقدر الحاجة لكون مطالبة المولى كل واحد منهما بجميع المال بحكم الاصالة
لا بحكم الكفالة فاذا ادى احدهما شيئا وقع عن كل البدل فيقع نصف ذلك عن صاحبه لاستوائهما فيرجع
به عليه ولو رجع بالكل لا تتحقق المساواة بخلاف ما اذا اختلفت كتابتهما لان عتق كل واحد منهما تعلق
باداء المال على حدة وهو صحيح في نفسه فلا حاجة الى تصحيحه بما ذكرنا من الطريق ثم المسألة على ثلاثة
اوجه احدها ان يكاتبهما كتابة واحدة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فحكمه ما ذكرنا والثاني
ان يكاتبهما كتابة واحدة على الف ولم يزد على هذا فحكمه ان كل واحد منهما يلزمه حصته ويعتق
باداء حصته لان المقابلة المطلقة تقتضي ذلك والثالث ان يكاتبهما كتابة واحدة على انهما ان اديا
عتقا وان عجزا ردا في الرق ولم يذكر كفالة كل واحد منهما عن صاحبه فعندنا في جواب هذا مثل الفصل
الثاني حتى يعتق احدهما باداء حصته لان كل واحد منهما لم يلتزم بالقبول الا حصته ولهذا ليس للمولى
ان يطالب احدهما بجميع البدل ولو ادى احدهما الجميع لم يرجع على صاحبه بشيء بخلاف ما اذا شرط
كفالة كل واحد منهما عن صاحبه لكنا نقول لا يعتق واحد منهما ما لم يصل جميع المال الى المولى لان
شرط المولى في العقد يجب مراعاته اذا كان صحيحا شرعا وقد شرط العتق عند ادائهما جميع المال
نصا فلو عتق احدهما باداء حصته كان مخالفا لشرطه وما استدل به زفر ممنوع فان هذا عندنا كالفصل
الاول في جميع ما ذكرنا فلهذا قلنا ما لم يصل جميع المال الى المولى لا يعتق واحد منهما ذكره في المبسوط
قال ولو حرر واحدهما اخذ ايا شاء بحصة من لم يعتقه معناه لو اعتق احد العبدين فيما اذا كاتبهما
وشرط كفالة كل واحد منهما عن صاحبه صح العتق لوجود المصحح للعتق وهو الملك في الرقبة ويبرأ عن حصته
من بدل الكتابة لانه لم يرض بالتزام المال الا ليكون وسيلة الى العتق ولم تبق وسيلة فتسقط حصته
ويبقى على صاحبه حصته لان المال في الحقيقة مقابل برقبتهما وانما جعل على كل واحد منهما احتيا

لا

وهذا الذي ذكره من وجوب المال حالا اذا كان لم يشترط في الكفالة شيء حتى لو شرط في الكفالة انه يطالب به حين يعتق العبد كان كما شرط لان هذا شرط ملايم كذا افهم من شرح الوقاية مستخلص

لتصحيح الضمان واذا حصل له العتق استغنى عنه فاعتبر مقابلا برقبتهما فيتوزع عليهما ضرورة فاذا توزع سقط حصة المعتق لما ذكرنا ويأخذ بحصة الذي لم يعتق ايهما شاء فان شاء اخذ المعتق بالكفالة وان شاء اخذ صاحبه بالاصالة **قال** فان اخذ المعتق رجع على صاحبه وان اخذ الاخر لا لان غير المعتق اصيل فلا يرجع على احد اذا ادى والمعتق كفيل عنه بامره فيرجع به عليه فان قيل كيف يكون المعتق كفيلا عنه والكفالة ببدل الكتابة لا تجوز قلنا هذا في حالة البقا لانه لم يكن في الابتدا كفيلا فقط وانما كان بدل الكتابة واجبا عليه اصالة وقدرنا الكفالة فيه في حق صاحبه احتيالا لتصحيح الادا عن صاحبه وبعد العتق لا يمكن ايجاب البدل عليه لاستغنائه فلا يمكن تقدير الاصالة فيه فبقي كفيلا **قال** ومن ضمن عن عبد مالا يوخذ به بعد عتقه فهو حال وان لم يسمه والمراد به دين لم يظهر في حق المولى كما اذا لزمه بالاقرار او الاستقراض او بالوطي عن شبهة او استهلاك وديعة فان هذه الديون لا تظهر في حق المولى فلا يوخذ بها في الحال وانما يواخذ بها بعد الحرية فلو ان انسانا تكفل بهذه الديون تلزمه ويطالب به في الحال لان المال حال على العبد لوجود السبب وقبول ذمته الا ان المطالبة تاخرت عنه لعسرته اذ هذه الديون لا تتعلق برقبته لعدم ظهورها في حق المولى والكفيل غير معسر فصار كما لو كفل عن غايب او مفلس بخلاف ما اذا كفل بدين موجل حيث لا يلزم الكفيل حالا لانه التزم المطالبة بدين والطالب ليس له ان يطالب بالدين الموجل في الحال ثم اذا ادى عنه يرجع به بعد العتق ان كان بامره لان الكفيل بالادا ملك الدين وقام مقام الطالب فلو يطالبه قبل الحرية وقوله بدين يوخذ به بعد عتقه احتراز عما يواخذ به في الحال مثل دين الاستهلاك عيانا او دين لزمه بالتجارة باذن المولى فانه تجوز الكفالة به بلا شبهة **قال** ولو ادعى رقبة عبد فكفل به رجل فمات العبد فبرهن المدعي انه له ضمن قيمته ولو ادعى على عبد مالا وكفل بنفسه رجل فمات العبد برئ الكفيل والفرق ان في الثانية تكفل عن العبد بتسليم نفسه فاذا مات العبد وهو المكفول به برئ هو وبراته توجب براة الكفيل على ما بينا من قبل ولا يختلف ذلك بين ان يكون المكفول به حرا او عبدا وفي الاولى تكفل عن ذي اليد بتسليم رقبة العبد لان المدعي يدعي غصب العبد على ذي اليد والكفالة بالاعيان المضمونة بنفسها جايزة على ما تقدم فيجب على ذي اليد رد العين فان هلكت تجب عليه قيمتها فكذا على الكفيل ان اثبت المدعي بالبينة ان العبد له لانه يقوم مقام الاصيل والبينة كاسمها مبينة فيظهر بها ان العبد ملكه بخلاف ما اذا اثبت الملك له باقرار ذي اليد او بنكوله لان اقرار الاصيل ليس بحجة في حق الكفيل فلا يلزمه ما لم يقر به هو بنفسه **قال** ولو كفل عبد عن سيده بامره فعتق فاداه او كفل سيده عنه واداه بعد عتقه لم يرجع واحد منهما على الاخر ومعنى الاولى ان لا يكون على العبد دين لان امر المولى بالتكفيل يصح اذا لم يكن عليه دين الا ترى ان له ان يجعله بالدين ولو اقر عليه بالدين نفذ اقراره وله ان يرهنه وان كان عليه دين مستغرق ليس له شيء من ذلك لانه يتضمن ابطال حق الغرما واما كفالة المولى عن العبد فصحيحة كيف ما كانت وقال زفر يرجع كل واحد منهما على صاحبه اذا ادى عنه بعد الحرية وكانت الكفالة بامره لتحقق الموجب للرجوع وزوال المانع من الرجوع قلنا وقعت غير موجبة للرجوع لان احدهما لا يستحق على الاخر دينا فلا تنقلب موجبة بعد ذلك كما اذا كفل رجل عن رجل بغير امره فبلغه فاجازه فانها لا تنقلب موجبة للرجوع فكذا هذا ثم فايدة كفالة المولى عن عبده وجوب مطالبته بايفاء الدين من ساير امواله وفايدة كفالة العبد عن مولاه تعلقه برقبته

كتاب الحوالة

وهي في اللغة التحويل والنقل ومنه حوالة الغراس نقله **قال** هي نقل الدين من ذمة الى ذمة هذا في الشرع وفي اللغة هو النقل مطلقا على ما بينا **قال** وتصح في الدين لا في العين برضى المحتال والمحتال عليه وهذا من شرايطها ومن شرايطها القبول وفيه خلاف ابي يوسف كما في الكفالة وهي مشروعة باجماع الامة وقال عليه السلم من احيل على ملي فليتبع والامر بالاتباع دليل الجواز ولانه التزم ما يقدر على تسليمه فوجب القول بصحته

دفعا للحاجة وانما اختصت بالديون لانها تنبئ عن النقل والتحويل وهو في الدين لا في العين لان الدين وصف شرعي وهذا النقل حكم شرعي يظهر اثره في المطالبة فجاز ان يوثر النقل الشرعي في الثابت شرعا واما العين فحسي فلا ينتقل بالنقل الحكمي بل بالنقل الحسي وانما اشترط رضاهما لان المحتال هو صاحب الحق وتختلف عليه الذمم فلا بد من رضاه لاختلاف الناس في الايفاء فيمتنع من عاطل مع القدرة ويمتنع من يوفي ناقصا ومنهم من هو بالعكس فلا يلزمه بدون رضاه والمحال عليه يلزمه المال ويختلف عليه الطلب والناس متفاوتون فيه فيمتنع من يعنف فيه ويستعجل ويمتنع من يساهل ويمهل ويسامح ولم يذكر المصنف المحيل لان الحوالة تصح بدون رضاه وانما يشترط رضاه للرجوع عليه او ليسقط دينه ونظيرها الكفالة فانها تصح بدون رضا المكفول عنه **قال** ويبرى المحيل بالقبول من الدين وهذا احكامها وقال زفر لا يبرا لان المقصود بها التوثق وهو بازدياد المطالبة كالكفالة لا بتوثق في سقوط ما كان له من المطالبة وقال ابن ابي ليلى يبرا في الكفالة ايضا اعتبارا بالحوالة ولنا ان الاحكام الشرعية تثبت على وفق المعاني اللغوية فمعنى الحوالة النقل والتحويل ولا يتحقق الا بفراغ ذمة الاصيل لان الدين متى انتقل من ذمة لا يبقى فيها والكفالة معناها الضم فيقتضي ان يكون موجبها ضم الذمة الى الذمة ولا يتحقق ذلك مع براءة ذمة الاصيل والاستيثاق فيها بالضم وفي الحوالة باختيار من هو الاملى من المحيل واحسن من المحيل في القضاء لا يقال لو برى لما اجبر المحتال على القبول اذا قضاه المحيل الدين كما لو قضاه الاجنبي لانا نقول الاجنبي متبرع والمحيل غير متبرع لانه يحتمل عود المطالبة اليه بالتوى فلم يكن اجنبيا اذ قصده دفع الضرر عن نفسه ثم اختلفوا في البراءة فقال ابو يوسف يبرا عن الدين والمطالبة وقال محمد يبرا عن المطالبة فقط ولا يبرا عن الدين وثمرة الخلاف تظهر في موضعين احدهما اذا ابرا المحتال المحيل من الدين قال ابو يوسف لا يصح وقال محمد يصح والثاني ان الراهن اذا احال المرتهن بالدين على انسان كان للراهن ان يسترد الرهن عند ابي يوسف كما لو ابراه من الدين وعند محمد ليس له ذلك كما لو اجل الدين كذا ذكره المرغيناني وذكر في الزيادات ان البايع اذا احال غريما له على المشتري بالثمن بطل حقه في حبس المبيع لان مطالبته سقطت وكذا المرتهن اذا احال غريمه على الراهن بطل حقه في حبس الرهن لانه لم يبق له مطالبة بالدين وان احال المشتري البايع على رجل لا يبطل حقه في حبس المبيع لان المطالبة باقية لان المحال عليه قايم مقام المحيل وكذا اذا احال الراهن المرتهن على رجل لم يبطل حقه في حبس الرهن لان المطالبة باقية لان المحال عليه نايب المحيل فصار مطالبته كمطالبة المحيل والمكاتبة على عكس ما ذكر فانه اذا احال مولاه على رجل يعتق كما تثبت الحوالة وان كان المحال عليه نايبا عن المكاتب واذا احال المولى عليه رجلا لا يعتق حتى يودي بدل الكتابة وان لم يكن للمولى حق مطالبة المكاتب والفرق ان حرية المكاتب معلقة ببراءة ذمته وقد برئت اذا احال المكاتب مولاه على رجل واما اذا احال المولى عليه رجلا لا يبرأ واما الرهن فللوثيقة فيبقى ما بقيت المطالبة ويبطل اذا بطلت وكذا البيع اعلم ان احالة المكاتب مولاه على رجل انما تجوز اذا كان له على الرجل دين او عين وقيده به لان المحتال يكون نايبا عن المكاتب في القبض فيجوز وان لم يكن له واحد منهما او كان له ولم يقيده به لا تجوز لان الحوالة نقل الدين الى ذمة المحال عليه فصار الواجب على المحال عليه عين الواجب على المحيل حكما فلو صحت الحوالة ببدل الكتابة ولزم المحال عليه يكون الواجب على المحال عليه غير الواجب على المحيل وذلك لا يجوز كالكفالة وان كان المولى هو الذي احال غريمه على المكاتب لا تصح الا اذا قيدها ببدل الكتابة لان مطلقها تبرع وليس المكاتب من اهله وليس للمولى ان يتصرف فيه حتى يلزمه بخلاف ما اذا تكفل عن مولاه على ما مر من قبل **قال** ولم يرجع المحتال على المحيل الا بالتوى وقال الشافعي لا يرجع عليه عند التوى لان ذمة المحيل قد برئت براءة مطلقة بالحوالة فلا يعود الدين الى ذمته الا بسبب جديد فصار كالغاصب وغاصب الغاصب اذا اختار المغصوب منه تضمين احدهما برئت ذمة الاخر ثم بالتوى عنه لا يعود الحق على الاخر

رضاه وبه يفتى وقيل يشترط رضاه وهو رواية القدوري مستخلص

اختلفوا في براءة المحيل

اي لا دين ولا عين

وكالمولى اذا اعتق عبده المديون فان الغرما يخيرون بين تضمين المولى قيمته وبين اتباع المعتق فان اختاروا احدهما وتوى ما عليه لا يرجعون على الاخر ولنا ما روى عن عثمان رضي الله عنه موقوفا ومرفوعا في المحتال عليه اذا مات مفلسا يعود الدين الى ذمة المحيل وقال لا توى على مال امرء مسلم ولان المقصود من شرعها الوصول الى حقه بالاستيفاء من الثاني لا مجرد الوجوب لان الذمم لا تختلف في نفس الوجوب وانما تختلف في الايفاء فهذا هو المعلوم بين الناس والمعلوم كالمشروط فعند فواته يجب الرجوع الا يرى ان البيع لما كان في العرف ان يراد به سلامة المبيع للمشتري وسلامته من العيب فعند فواته بالاستحقاق او بالهلاك قبل القبض او عند فوات وصف السلامة يرجع المشتري بالعوض لما قلنا وهذا لان ذمة المحتال عليه خلف عن ذمة المحيل بالحوالة هو فاذا فات الخلف رجع بالاصل بخلاف الغاصب وغاصب الغاصب فان احدهما ليس بخلف عن الاخر وانما ثبت للمالك الخيار ابتداء بملك المغصوب من ايهما شاء فياخذ منه عوضه من غير ان يحيله عليه احد فلا يرجع على احد وكذا المولى والمعتق احدهما ليس بخلف عن الاخر الا يرى ان حقه ليس بثابت على احدهما معينا حتى ينقله الى الاخر فافترقا قال رح وهو ان يجحد الحوالة ويحلف ولا بينة له عليه او يموت مفلسا اي التوى يكون باحد هذين الامرين اما ان يجحد المحال عليه الحوالة ويحلف ولا بينة للمحيل ولا للمحتال او يموت مفلسا بان لم يترك مالا عينا ولا دينا ولا كفيلا لان التوى هو العجز عن الوصول الى حقه ويتحقق ذلك بهما وهذا اذا ثبت موته مفلسا بتصادقهما فان اختلفا فيه فقال المحتال مات مفلسا وانكره الاخر فالقول قول المحتال مع يمينه على العلم لتمسكه بالاصل وهو العسرة كما اذا كان حيا وانكر اليسر ولو فلسه الحاكم بعد ما حبسه لا يكون توى عند ابي حنيفة وقالا يكون توى لانه عجز عن الاخذ منه بتفليس الحاكم وقطعه عن ملازمته عندهما فصار كعجزه عن الاستيفاء بالجحود او بموته مفلسا ولابي حنيفة ان الدين ثابت في ذمته وتعذر الاستيفاء لا يوجب الرجوع الا يرى انه لو تعذر بغيبة المحال عليه لا يرجع على المحيل وهذا لان التوى في الدين لا يتصور حقيقة وانما يكون ذلك حكما بخروج محله من ان يكون محلا صالحا للوجوب بموته معدما او بالجحود ولان الافلاس لا يتحقق عنده لان المال غاد ورائح يمسي الانسان فقيرا ويصبح غنيا او بالعكس ويحتمل انه استغنى في مجلس الحكم بان مات له قريب يرثه وهذا نظير ما لو جرح الخصم المشهود واقام البينة عليه لا تقبل لانه لا يتحقق لاحتمال توبته في المجلس وقيل هذه المسئلة مبنية على تحقق الافلاس وعدمه ولو مات وترك رهنا رهنه غيره بامره او بغير امره وسلطه على البيع او لم يسلطه يعود الدين الى ذمة المحيل لان عقد الرهن لم يبق بعد موت المحال عليه مفلسا اذ لم يبق الدين عليه والرهن بدين ولا دين بحال بخلاف ما اذا ترك كفيلا بامره او بغير امره لان الكفيل خلف عنه قال رح فان طلب المحتال عليه المحيل بما احال فقال المحيل احلت بدين لي عليك ضمن مثل الدين اي ضمن المحيل لان سبب الرجوع قد تحقق باقرار المحيل وهو قضاء دينه بامره فيرجع عليه ولا يقبل قوله في دعوى الدين على المحال عليه لانه ينكره والقول قول المنكر ولا يكون الاقرار من المحال عليه بالحوالة اقرارا منه بالدين عليه ولا قبوله الحوالة تدل على ان عليه دينا لان الحوالة قد تكون مطلقة وقد تكون مقيدة بما على المحال عليه بل حقيقة الحوالة ان تكون مطلقة اذ المقيدة توكيل بالاداء او بالقبض فلم يوجد ما يدل على وجوب الدين عليه فيضمن له قال رح وان قال المحيل للمحتال احلتك لتقبضه لي فقال المحتال احلتني بدين لي عليك فالقول للمحيل لان المحتال يدعي عليه الدين وهو ينكر فالقول للمنكر ولا يكون الاقرار من المحيل بالحوالة واقدامه عليها اقرارا منه بان عليه دينا للمحتال لان لفظ الحوالة يستعمل بمعنى الوكالة قال محمد اذا احال رب المال المضارب بديونها وامتنع المضارب من التقاضي وليس في المال ربح لا يجبر ولكن يقال له احل رب المال اي وكله فاذا احتمل التوكيل لا يحكم له بالدين على المحيل بدعواه بل يكون القول للمحيل اذ هو متمسك بالاصل لان فراغ الذمة

وفي الحاشية: والحيلة ان الرهن حق ... ذلك الغير ... بالمحال فيه ... كان الراهن متبرعا في الرهن ... فاذا مات المحال عليه ... الراهن في رهنه فاذا ... فيرجع المحال على ... الرهن متبرع من ...

هو الاصل

هو الاصل ولو لم يدع الدين على المحيل بان ادعى ان الدين الذي على المحال عليه ثمن مال له باعه المحيل بطريق الوكالة عنه وادعى ان الدين له ووصل اليه عين حقه لا يقبل قوله ايضا اذا انكر المحيل ذلك لانه لما اقر له باليد والتصرف له في ذلك المال والانسان يتصرف ظاهرا لنفسه لا يسمع ان ذلك المال كان له بلا بينة فيكون القول للمحيل قال رح ولو احال بما له عند زيد وديعة صحت لانه اقدر على التسليم فكانت اولى بالجواز فان هلكت برئ اي اذا كان له وديعة دراهم عند شخص فاحال بها غريمه صحت الحوالة لانه اقدر على التسليم فكانت اولى بالجواز فان هلكت برئ لان الحوالة مقيدة بها اذ لم يلتزم التسليم الا منها بخلاف ما اذا كانت مقيدة بالمغصوب حيث لا يبرأ منه لانه يخلف القيمة والفوات الى خلف كلا فوات حتى لو هلك المغصوب لا الى خلف بان استحق بالبينة صار مثل الوديعة وقد تكون مقيدة بالدين فحاصله ان الحوالة على نوعين مقيدة ومطلقة فالمقيدة ان يقيدها بدين له عليه او بعين في يده وديعة او غصب او نحوه والمطلقة ان يرسل الحوالة ارسالا ولا يقيدها بشيء مما عنده من وديعة او غصب او دين او يحيله على رجل ليس له عليه شيء مما ذكرنا والكل جائز لما روينا ولما ذكرنا من المعنى ولان كلا منهما يتضمن امورا جائزة عند الانفراد وهي تبرع المحال عليه بالالتزام في ذمته والايفاء وتوكيل المحتال بقبض الدين او العين من المحال عليه وامر المحال عليه بتسليم ما عنده من الدين او العين الى المحتال فكذا عند الاجتماع وحكم المطلقة ان لا ينقطع حق المحيل من الدين والعين ولكن المحال عليه يرجع على المحيل بعد ادائه اذا كانت الحوالة برضاه وليس له ان يرجع قبل الاداء ولكن له ان يلازمه اذا لوزم ويحبسه اذا حبس حتى يخلصه كما في الكفالة ولو كان الدين مؤجلا على المحيل كان مؤجلا في حق المحال عليه كما في الكفالة ثم لا يصير الدين حالا بموت المحيل لانه خرج من البين وصار اجنبيا ويحل بموت المحال عليه لان الاجل كان حقه وقد استغنى عنه وحكم المقيدة ان لا يملك المحيل مطالبة المحال عليه بما احال به من دين او عين لانه تعلق به حق المحتال على مثال الرهن ولو ملك المطالبة لبطل حق المحتال ولا يملك ذلك كما لا يملك ابطال حق المرتهن بخلاف المطلقة لانه لا تعلق لحقه بالعين او الدين بل تعلق بذمة المحال عليه فلا تبطل الحوالة باخذ ما عنده او عليه من العين والدين الا ترى انها لا تبطل بهلاكه فكذا باخذه بخلاف المقيدة لانه فيها لم يلتزم الاداء الا منها فلو اخذه لبطل حقه ولو ابرأ المحتال المحال عليه عن الدين اخذ المحيل ما كان عنده من الدين والعين كالمرتهن اذا ابرأ الراهن يرجع برهنه ولو وهبه له ليس له ان يرجع بدينه لان المحال عليه ملكه بالهبة وكذا اذا ورثه ولو مات المحيل كان الدين والعين للمحتال بهما بين غرمائه بالحصص وقال زفر يختص به المحتال وهو القياس لان حقه متعلق به حال حياته والمحيل كالاجنبي عنه حتى لا يكون له اخذه فصار كالخارج عن ملكه فلا تقضى به ديونه ولئن كان في ملكه ثابتا فتعلق حق المحتال سابق فصار كالمرهون يختص به المرتهن لتعلق حقه به سابقا على حقهم وكدين الصحة لتقدم على دين المرض ولنا ان هذا مال المحيل لم يثبت لغيره عليه يد الاستيفاء فيكون بين غرمائه وهذا لانه لم يملكه المحتال لان تمليك الدين من غير من عليه الدين باطل لكن بالحوالة وجب للمحتال في ذمة المحال عليه دين مع بقاء دين المحيل ولهذا لو توى ما على المحال عليه يتوى على المحيل ولم يثبت عليه ايضا يد الاستيفاء لان ثبوت اليد على ما في ذمة الغير لا يتصور وانما لم يكن للمحيل ان ياخذه لان المحال عليه لم يقبل الحوالة الا ليتملك ما في ذمته او ليوفي من ذلك المال فلو اخذه يفوت الرضا فتبطل الحوالة بخلاف الرهن لانه ثبت عليه يد الاستيفاء ولهذا لو هلك يهلك على المرتهن فكان هو احق به وكان ينبغي للمحتال ان لا يكون له حق المزاحمة لان دينه تحول الى ذمة المحال عليه فلا يزاحم غرماء المحيل كما اذا كانت الحوالة مطلقة وانما يثبت له حق المزاحمة لان الحوالة كانت مقيدة بذلك المال فاذا اخذ منه ذلك المال فات الرضا بالحوالة فتبطل الحوالة فيعود الدين الى ذمة المحيل على ما كان قبل الحوالة واستوضح ذلك

وفي الحاشية: اي الموضع ... المحال على المحيل ...

وفي الحاشية: الراهن بين الهبة ولا يرد ...

القضاء في اللغة الالزام ولهذا سمي القاضي قاضيا لانه يلزم الناس
وفي الشرع عبارة عن فصل الخصومات وقطع المنازعات انتهى

قوله السفاتج جمع سفتجة بضم السين
وفتح التاء مسكين

ويدفع ماله الى تاجر يطلب القرض
ليدفعه الى صديقه في بلد اخر
وانما اقرضه لسقوط خطر الطريق
مستخلص

بمسئلة الوديعة والغصب ونحوهما بخلاف ما اذا كانت مطلقة لان المحيل بالحوالة برى من دين المحتال وصار
المحتال من غرماء المحال عليه فلم يتعلق له حق بماله فلا يزاحم غرماء المحيل اذا قسم الدين بين غرماء المحيل ولا يرجع
المحتال على المحيل بحصة الغرماء لان الدين الذي على المحال عليه صار مستحقا وليس له ان يرجع عليه به كما لو
استحق الرهن ولا بما بقي من دينه بعد المحاصة لانه صار تاويا فلا يرجع به على احد قال رح وكره السفاتج
وهو قرض استفاد به المقرض امن خطر الطريق وصورته ان يقرض ماله اذا خاف عليه الفوات ليرده عليه
في موضع الامن وهو تعريب سفته وسفته شيء محكم وسمي هذا القرض به لاحكام امره وانما كره لما روي انه
عليه السلم نهى عن قرض جر نفعا وقيل اذا لم تكن المنفعة مشروطة فلا باس به

كتاب القضاء

القضاء في اللغة الاتقان والاحكام قال قايلهم وعليهما مسرودتان قضاهما داود او صنع السوابغ تبع اي احكم
صنعتهما وهو في الشرع فصل الخصومات وانه افضل العبادات وبه امر كل نبي قال الله تعالى انا انزلنا التوراة
فيها هدى ونور يحكم بها النبيون وقال تعالى وان احكم بينهم بما انزل الله ولا تتبع اهواءهم والحاكم نايب الله في
ارضه في انصاف المظلوم من الظالم وايصال الحق الى المستحق ودفع الظلم عن العباد والامر بالمعروف والنهي عن
المنكر كل ذلك من الصفات الحميدة يميل اليها كل لبيب ومحاسنه لا تخفى على احد ولولا ذلك لفسد البلاد والعباد
قال رح اهله اهل الشهادة لان كل واحد منهما يثبت الولاية على الغير الشاهد بشهادته يلزم الحاكم ان
يحكم والحاكم بحكمه يلزم الخصم ومن صلح شاهدا صلح قاضيا فكانا من باب واحد فيستفاد احدهما من الاخر
قال رح والفاسق اهل القضاء كما هو اهل الشهادة الا انه لا ينبغي ان يقلد ولو كان القاضي عدلا ففسق باخذ
الرشوة لا ينعزل ويستحق العزل واذا اخذ القضاء بالرشوة لا يصير قاضيا وكذا لو قضى بالرشوة لا ينفذ قضاؤه
فيما ارتشى وقال بعض مشايخنا اذا قلد الفاسق ابتداء يصح ولو قلد وهو عدل ينعزل بالفسق لان المقلد اعتمد
عدالته فلم يكن راضيا بتقليده دونها كالعبد المأذون له في التجارة اذا ابق ينعزل ولو اذن له وهو ابق جاز وعن علمائنا
الثلاثة في النوادر ان الفاسق لا يصلح قاضيا والظاهر هو الاول وان العدالة شرط الاولوية وكذا الاجتهاد
حتى لو ولي الجاهل صح وقال الشافعي لا يجوز الا ان يكون عالما عدلا اماما لقوله عليه السلم القضاة ثلاثة قاضيان
في النار وقاض في الجنة الحديث فسر القاضيين احدهما جاهل يحكم بالجهل والاخر عالم يحكم بالجور والثالث
العالم العادل يحكم بعلمه ولانه مامور بالقضاء بالحق والجاهل عاجز عنه ولا يكلف الله نفسا الا وسعها
والفاسق غير مامون فلا يجوز ولنا ان المقصود ايصال الحق الى المستحق وهو يحصل بالعمل بفتوى غيره ولا
حجة لهم في الحديث فانه عليه السلم سماه قاضيا ولولا ان التولية تصح لما سماه قاضيا ولان الصحابة رضي الله عنهم
اجازوا حكم من تغلب من الامراء وجار وتقلدوا الاعمال عنه وصلوا خلفه ولولا ان توليته صحيحة لما فعلوا
ذلك قال رح والفاسق يصلح مفتيا وقيل لا يصلح لانه من امور المسلمين وخبره غير مقبول في الديانات وجه الاول
انه يجتهد حذار النسبة الى الخطأ قال رح ولا ينبغي للقاضي ان يكون فظا غليظا جبارا عنيدا وينبغي ان يكون
موثوقا به في عفافه وعقله وصلاحه وفهمه وعلمه بالسنة والاثار ووجوه الفقه ويكون شديدا من
غير عنف لينا من غير ضعف لان المقصود من القضاء دفع الفساد وايصال الحقوق الى مستحقيها واقامة حقوق الله
تعالى وهو من اهم امور المسلمين واقوى واوجب عليهم فكل من كان اعرف واقدر واوجب واهيب واصبر
على ما اصابه من الناس كان اولى وينبغي للمولي ان يتفحص في ذلك ويولي من هو اولى لقوله عليه السلم
من قلد انسانا عملا وفي رعيته من هو اولى منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين قال رح والاجتهاد
شرط الاولوية لانه اقدر على الحكم بالحق واختلفوا في حد الاجتهاد قيل ان يعلم الكتاب بمعانيه والسنة
بطرقها والمراد بعلمهما علم ما يتعلق به الاحكام منهما ومعرفة الاجماع والقياس ليمكنه استخراج الاحكام الشرعية
واستنباطها من ادلتها بطريقها ولا يشترط معرفة الفروع التي استخرجها المجتهدون بارائهم وقال بعضهم

واعلم انه لا ينبغي لاحد ان يطلب
القضاء فان فعل فهو مسيء قال عليه السلم
من قلد القضاء فكانما ذبح بغير سكين
وانما شبهه بهذا لان السكين تعمل في
الظاهر والباطن اما القتل بغير السكين
هو القتل بالخنق فانه يؤثر في الباطن
دون الظاهر والقضاء كذلك لا يؤثر في
الظاهر لان ظاهره جاه وحشمة لكنه
يؤثر في الباطن فانه سبب الهلاك
وكان شمس الايمة الحلواني يقول لا ينبغي
لاحد ان يزدري بهذا اللفظ فقد حكي
ان قاضيا روي له هذا الحديث فقال
كيف يكون ذلك وازدرى به ثم دعا
الى مجلسه من يسوي شعره فجعل الحلاق
يحلق الشعر من تحت رقبته فاتفق
عطس القاضي فاصابه الموسى والقى
راسه بين يديه كذا في الفتاوى الكبرى
مستخلص

ولانه امين والامين اذا خان لا يبقى امينا
وكذلك الامير وقال بعضهم لا ينعزل الامير
وينعزل القاضي لانا تركنا القياس في الامير
بقوله عليه السلم ولو امر عليكم عبد حبشي اجدع
ولا نص في القاضي فعمل فيه بالقياس
ان القاضي اذا جار صار معزولا
قبل تغييره ان الذي ولاه لم يعلم بانه فاسق
فاذا ظهر انه فاسق او مرتش فهو معزول
لانه ولاه على شرط العدالة فاذا وجد
على خلاف ذلك لم يكن قاضيا واما اذا
ولاه على انه صار قاضيا ولا ينعزل
ما لم يعزل وقال بعضهم اذا كان القاضي
مرتزقا من بيت المال ينعزل بالفسق ولا
فلا ينعزل لكن يعزل والمذهب الصحيح
ان الفاسق يصير قاضيا بالنصب واذا فسق
القاضي العدل لا ينعزل وكذا اذا ارتشى ينفذ قضاؤه الا فيما ارتشى وهذا
هو المنقول عن الصدر الشهيد صاحب الهداية ولهذا اختار المصنف
حتى لا يحتاج من القضاة ان ينفذ ذلك الحكم بل يرده ويبطله ولو ارتشى
ولد القاضي او كاتبه او احد من ناحيته ليعين الراشي عند القاضي ليقضي
له فان علم القاضي بذلك صار كما لو ارتشى بنفسه فيكون قضاؤه مردودا
مستخلص

يشترط مع هذا ان يكون عارفا بالفروع المبنية على اجتهاد السلف كابي حنيفة والشافعي وغيرهما من المجتهدين
وقال بعضهم من حفظ المبسوط ومذهب المتقدمين فهو من اهل الاجتهاد والاشبه ان يقال ان يكون صاحب حديث
له معرفة بالفقه ليعرف معاني الاثار او صاحب فقه له معرفة بالحديث كيلا يشتغل بالقياس في المنصوص عليه
وقيل لا بد مع هذا من ان يكون صاحب قريحة يعرف بها عادات الناس لان كثيرا من الاحكام ينبني عليها قال رح
والمفتي ينبغي ان يكون هكذا يعني في العلم والامانة لانه ادل على المقصود وابعد من الغلط واكثر اهتماما
في دينه عند تجدد الحوادث فيكون كلامه او ثق فيعتمد عليه قال رح وكره التقلد لمن خاف الحيف اي الظلم كيلا
يكون ذريعة الى مباشرة الظلم قال رح وان امنه لا اي ان امن الظلم لا يكره التقلد لان كبار الصحابة رضي الله عنهم والتابعين
وعلماءهم تقلدوه وكفى بهم قدوة قال رح ولا يسال القضاء لقوله عليه السلم من طلب القضاء وكل الى نفسه ومن اجبر
عليه نزل عليه ملك يسدده ولان من طلبه يعتمد على نفسه فيحرم ومن اجبر عليه يتوكل على ربه فيلهم وكره بعض
المشايخ ان يدخل في القضاء مختارا لقوله عليه السلم من ابتلي بالقضاء فكانما ذبح بغير سكين ولان القضاء بالحق لا يمكنه
الا باعوان وقد لا يعينه عليه احد وكان في بني اسرائيل من فرغ نفسه للعبادة ستين سنة ترجى له النبوة
فاذا اشتغل بالقضاء ايسوا من نبوته فهذا دليل على انه مسقطة وان تعين هو للقضاء بان لم يكن احد غيره يصلح
للقضاء وجب عليه الطلب صيانة لحقوق المسلمين ودفعا لظلم الظالمين قال رح ويجوز تقلد القضاء من السلطان
العادل والجاير ومن اهل البغي لان الصحابة رضي الله عنهم تقلدوه من معاوية في نوبة علي وكان الحق بيد علي
يومئذ وقد قال علي رضي الله عنه اخواننا بغوا علينا وعلماء السلف تقلدوه من الحجاج الا اذا كان لا يمكنه من القضاء
بالحق فيحرم عليه لانه يحصل به ضرر المسلمين قال رح فان تقلد يسال ديوان قاض قبله وهو الخرايط التي فيها
السجلات والمحاضر وغيرهما من الصكوك ونصب الاوصياء والقيم في الاوقاف وتقدير النفقات المفروضات
لان الديوان وضع ليكون حجة عند الحاجة فيجعل في يد من له ولاية القضاء وهذا لان القاضي يكتب نسختين
احدهما في يده لاحتمال الحاجة اليها والاخرى في يد الخصم وما في يد الخصم لا يؤمن عليه التغيير بزيادة او نقصان
ثم ان كانت الاوراق من بيت المال فلا اشكال في وجوب تسليمها الى الجديد لانها انما كانت في يد الاول لعمله وقد
انتقل العمل الى غيره فلا معنى لتركها في يده بعد العزل وكذا اذا كان من مال الخصوم او من مال القاضي في الصحيح
لان الخصوم وضعوها في يده لعمله وكذا القاضي يعمل على انه عمل ذلك تدينا لا تمولا فيجب تسليمه اليه ويبعث
عدلين من امنائه او عدلا واحدا والاثنان احوط ليقبضان ديوان المعزول بحضرته او بحضرة امينه ويسالان
المعزول شيئا فشيئا فما كان فيها من نسخ السجلات يجمعانه في خريطة وما كان من نصب الاوصياء في اموال
اليتامى يجمعانه في خريطة اخرى وما كان من نسخ قيم الاوقاف يجمعانه في خريطة وما كان من الصكوك يجمعانه
في خريطة لان هذه النسخ كانت تحت تصرف المعزول فلو تشتبه عليه متى احتاج الى نسخة منها فاما الجديد فيشتبه
عليه لو لم يجمع كل نوع منها في خريطة والجمع يسهل وانما يسالان المعزول وان لم يكن قوله حجة لينكشف عنهما
ما اشكل عليهما فاذا قبضا ذلك ختما عليه تحرزا عن التغيير قال رح وينظر في حال المحبوسين اي القاضي الجديد
ينظر في حالهم لانه نصب ناظرا للمسلمين قال رح فمن اقر بحق او قامت عليه البينة الزمه لان كل واحد منهما
حجة ملزمة ولا يقبل قول المعزول لانه بالعزل التحق بواحد من الرعايا وشهادة الفرد غير مقبولة لا سيما على
فعل نفسه وان لم تقم عليه بينة وادعى انه حبس ظلما لا يعجل بتخليته قال رح ولا نادى عليه اي ان لم تقم عليه
بينة ولم يره نادى عليه لان المعزول حبسه بحق ظاهرا فلا يعجل بتخليته حتى ينكشف له حاله وينادي عليه
اذا جلس للحكم اياما ويقول المنادي من كان يطالب فلان بن فلان الفلاني المحبوس بحق فليحضر حتى يجمع بينه
وبينه فاذا حضر له خصم فيها والا اخذ منه كفيلا واطلقه والفرق لابي حنيفة بين هذه المسئلة وبين قسمة
التركة حيث لا يوخذ من الورثة كفيل اذا ارادوا القسمة عنده ان الورثة ظهر حقهم في المال فلا يوخر الى الكفيل

لاحتمال ان يكون له وارث غيرهم لان ذلك موهوم فلا يعارض المحقق وفي هذه المسئلة ان القاضي لا يحبسه الا بحق ظاهر واحتمال حبسه بغير حق موهوم فلا يعارض الظاهر وهذا لان فعل المسلم يحمل على الصلاح ما امكن فيحمل عليه حتى يظهر خلافه قال ويعمل في الودايع وغلات الوقف ببينة او اقرار لان كل واحد منهما حجة والمراد بالاقرار اقرار من في يده لان اقرار الاجنبي غير مقبول قال ولم يعمل بقول المعزول الا ان يقر ذو اليد انه سلمها اليه فيقبل قوله فيهما اي في الودايع وغلات الوقف لان المعزول التحق بالرعايا فلا يقبل قوله الا ان يعترف الذي في يده ان القاضي سلمها اليه فيقبل قوله فيهما لانه ثبت باقراره انه مودع القاضي ويد المودع كيده فصار كانه في يده فيقبل اقراره به الا اذا بدا صاحب اليد بالاقرار لغيره ثم اقر بتسليم القاضي اليه والقاضي يقر به لغيره فيسلم الى المقر له الاول ويضمن المقر قيمته للقاضي باقراره الثاني والمسئلة على اربعة اوجه اما ان يقر بانه سلمه اليه بعد ما اقر به لغيره او ينكر التسليم فحكمهما ما ذكرناه او يقر بان المعزول سلمه اليه ثم يقر به لغيره فلا يقبل اقراره الثاني لانه لما اقر بان القاضي سلمه اليه صار كانه في يد القاضي والرابع بان يقر بان القاضي سلمه اليه ثم يقول لا ادري لمن هو فحكمه ظاهر قال ويقضي في المسجد وكذلك السلطان يجلس للحكم في المسجد وقال الشافعي يكره ذلك لانه يحضره المشرك وهو نجس لقوله تعالى انما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام والحايض وهي ممنوعة من دخوله ولانه بني لذكر الله تعالى لا لاقامة الصلوات لا للخصومات والمنازعات ولنا قوله عليه السلام انما بنيت المساجد لذكر الله تعالى والحكم وكان عليه السلام يفصل الخصومات في معتكفه والخلفاء الراشدون كانوا يجلسون للحكم في المساجد ولان الحكم عبادة على ما يبنا من قبل فيجوز اقامتها في المسجد كالصلوة ولانه ابعد من الاشتباه على الغرباء وبعض المقيمين وابعد من التهمة في حق القاضي فكان اولى وليس في بدن المشرك نجاسة تلويث وانما ذلك في اعتقاده والحايض تخبر بحالها لانها فاصلة فيخرج لها القاضي كما اذا كانت الخصومة على الدابة فالجامع اولى لانه اشهر واسهل على الناس اذا كان وسط البلد وان كان في الطرف يختار مسجدا اخر في وسط البلدة قال او داره لان الحكم عبادة لا تختص بمكان فجاز ان يحكم في منزله فاذا جلس للحكم في منزله اذن للناس بالدخول عليه ولا يمنع احدا من الدخول فيه ويجلس معه من كان يجلس معه في المسجد ثم لا باس به اذا كان منزله في وسط البلدة والا فليقعد في وسط البلدة لما ذكرنا فاصله ان الجلوس للحكم ينبغي ان يكون في اشهر الاماكن ومجامع الناس وليس فيه حاجب والابواب افضل ولو حكم في اي مكان شاء جاز ولا يحكم وهو ماش لان الراي لا يجتمع وهو مشغول بالمشي ولا باس بان يقعد في الطريق اذا كان لا يضيق على المارة ولا باس بان يحكم وهو متكئ لانه يزيد في الراي لزيادة راحة فيه ولكن القضا مستوي الجلوس افضل تعظيما لامر القضا وعن ابي يوسف رحمه الله انه استفتي عن مسئلة وهو متكئ فاستوى وارتدى وتعمم ثم افتى تعظيما لامر الفتيا ولا يجلس وحده لانه يورث التهمة وان جلس وحده فلا باس به ان كان عالما بالقضا وان كان جاهلا يستحب له ان يقعد معه اهل العلم لانه لا يومن من ان يزل عن الحق فيمنعونه ويطلع في باطنه المشورة وكذا اهل العدل للشهادة عليه بخلاف الاعوان حيث يكونون بعيدا عنه لا انهم لاجل الهيبة وهو اهيب قال ويرد هدية الا من قريبه او ممن جرت عادته بذلك لان الاولى صلة الرحم وردها قطيعة وهي حرام والمراد بالقريب هو ذو الرحم المحرم والثانية ليست لاجل القضا وانما هي جري على العادة فلا يتوهم فيها الرشوة حتى لو كان لهما خصومة او زاد على العادة يرده لانه لاجل القضا فيكون من الغلول كغيرها من الهدايا لانها تشبه الرشوة فيجتنب عنها وعلى هذا كانت الصحابة رضي الله عنهم قال ودعوة خاصة اي لا يحضر دعوة خاصة لانها جعلت لاجله والخاصة هي التي لا يتخذها صاحبها لولا حضور القاضي وقيل كل دعوة اتخذت في غير العرس والختان فهي خاصة ولم يفصل في الخاصة بين ان تكون من القريب او من غيره وبين ما اذا جرت له عادة بها او لم تجر وقال في الكافي وان كان بين القاضي وبين المضيف قرابة يجيبه في الدعوة الخاصة لان اجابة دعوته صلة الرحم قال كذا ذكره الخصاف بلا خلاف وذكر الطحاوي ان على قول ابي حنيفة وابي يوسف

لا يجيب الدعوة الخاصة للقريب وعلى قول محمد رحمه الله يجيب وانما لا يجيب الدعوة الخاصة للاجنبي اذا لم يتخذ الدعوة لاجله قبل القضا مع احد لا وفرق بينها وبين الهدية وهو القياس قال ويشهد الجنازة ويعود المريض لقوله عليه السلام للمسلم على المسلم ستة حقوق اذا دعاه ان يجيبه واذا مرض ان يعوده واذا مات ان يحضره واذا لقيه ان يسلم عليه واذا استنصحه ان ينصحه واذا عطس ان يشمته وحق المسلم لا يسقط بالقضا لكن لا يطيل مكثه في ذلك المكان وان كان للمريض خصومة مع احد لا يعوده قال ويسوي بينهما جلوسا واقبالا اي يسوي بين الخصمين في الجلوس لقوله عليه السلام اذا ابتلي احدكم بالقضا فليسو بينهما في الجلوس والاشارة والنظر ولانه اذا قدم احدهما يجترئ على خصمه وينكسر قلب صاحبه فيؤدي ذلك الى ترك حقه وينبغي للخصمين اذا حضرا بين يدي القاضي ان يجثوا بين يديه ولا يتربعان ولا يقعيان ولا يحتبيان وان فعلا ذلك منعا تعظيما لامر الحكم كما يجلس المتعلم بين يدي المعلم تعظيما له ويكون بينهما وبين القاضي قدر ذراعين او نحو ذلك بحيث يسمع كلامهما من غير تكلف باصغاء او رفع صوت ولا يقعد احدهما من جانب اليمين والاخر من اليسار لان جانب اليمين افضل فيكون تقديما له على صاحبه ويفعل ذلك بين الكبير والصغير حتى يجب عليه ان يسوي بين الاب والابن وبين الخليفة والرعية وبين الذمي والشريف وهذا دليل على ان للقاضي ان يقضي على الملك الذي ولاه القضا وهكذا فعل شريح رضي الله عنه بعلي مع خصمه واحد من الرعية وعلي خليفة رضي الله عنه فاذا سوى بينهما في الفعل فلا حرج عليه فيما يجده في قلبه من الميل الى احدهما بعد ان حكم بينهما بالحق لان ذلك لا قدرة له عليه كما في القسم بين نسائه قال ويتقي مسارة احدهما واشارته وتلقين حجته وضيافته اي يجتنب هذه الاشياء لان فيه تهمة ومكسرة لقلب الاخر ولو اضافهما جملة فلا باس لوجود التسوية بينهما قال والمزاح اي يجتنب المزاح مطلقا معهما او مع احدهما او مع غيرهما في مجلس الحكم ولا يكثر في غيره لانه يذهب بالمهابة فاصله انه لا يكلمهما بغير ما تقدما اليه لاجله فانه يذهب حشمة مجلس القضا فاذا حضرا فهو بالخيار ان شاء بداهما بالكلام فقال ما لكما وان شاء تركهما حتى يبداه بالمنطق وهو احسن كيلا يكون مهيجا للخصومة لانه قعد لقطعها واذا تكلم المدعي اسكت الاخر واستمع حتى يفهم ما يقول فاذا فرغ الدعوى امره بالسكوت واستنطق الاخر اذا طلب المدعي ذلك وقيل من غير طلبه لانهما اذا تكلما جملة لا يتمكن من الفهم هذا اذا كانت دعواه صحيحة وان لم تكن صحيحة قال له قم فصحح دعواك لان الجواب لا يستحق الا بعد تصحيح الدعوى فاذا صحت وانكر المدعى عليه ساله البينة فان عجز عنها استحلف المدعى عليه ان طلب المدعي يمينه ويرتب الناس في الفصل على ترتيب مجيئهم فيبدا بالسابق ويجعل في ذلك امينا غيره ولا يجمع بين النسا والرجال في زحمة بل يجعل الرجال ناحية والنسا ناحية الا اذا كان لاحدهما على الاخر دعوى فيجلسان بين يديه وقت الدعوى قال وتلقين الشاهد اي يجتنب تلقين الشاهد ايضا لان فيه اعانة لاحد الخصمين فيوهم الميل اليه فيكون كسر قلب الاخر فصار كتلقين احد الخصمين واستحسنه ابو يوسف في غير موضع التهمة لانه قد يحصر وقد يقول اعلم مكان قوله اشهد لمهابة المجلس فكان في تلقينه احياء للحق ولا تهمة في مثله فكان من باب التعاون على البر كاشخاص الغريم وتكفيله وحيلولته بينه وبين اشغاله قبل ثبوت الحق عليه وهذا نوع رخصة عنده رجع اليه بعد ما تولى القضا والعزيمة فيما قالا لانه لا يخلو عن نوع تهمة

فصل في الحبس

ولما كان بعض الناس يستحق العقوبة بسبب دعارته والحبس يصلح للعقوبة ذكره في كتاب القضا وجعله من جملته وهو مشروع بالكتاب والسنة والاجماع اما الكتاب فقوله تعالى في قطاع الطريق او ينفوا من الارض والمراد به الحبس واما السنة فلانه عليه السلام حبس رجلا بالتهمة وحبس رجلا اخر من جهينة اعتق شقصا له في مملوك واما الاجماع فلان الصحابة رضي الله عنهم ومن بعدهم اجمعوا عليه الا ان في زمن النبي صلى الله عليه وسلم وزمن ابي بكر

ينبغي ان يكتب بالحمرة ولكنه حصل سهو من الناسخ

وعمر وعثمان رضي الله عنهم لم يكن سجن وكان يحبس في المسجد والدهليز وبالترابط ولما كان في زمن علي رضي الله عنه بنى السجن وكان هو اول من بناه في الاسلام وسمى السجن نافعا فلم يكن حصينا فانفلت الناس منه وبنى سجنا اخر وسماه مخيسا وقال فيه شعرا: الا تراني كيسا مكيسا بنيت بعد نافع مخيسا **قال** واذا ثبت الحق للمدعي امره بدفع ما عليه فان ابى حبسه في الثمن والقرض والمهر المعجل وما التزمه بالكفالة معناه يحبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده او التزمه بعقد اذا طلب المدعي حبسه بعد ابائه من الدفع اليه لانه اذا ظهر مطله وبالمال الذي حصل في يده او التزمه بعقد باختياره ظهرت قدرته لانا تيقنا بحصول المال والظاهر بقاؤه بالتقلب فيه وكذا الذي يلتزم الانسان باختياره ما لا يقدر عليه عادة فاذا اظهر مطله مع القدرة وهو ظلم لقوله عليه السلام مطل الغني ظلم استحق العقوبة ثم شرط المصنف الاباء بعد امره ولم يفصل بين ما اذا ثبت الحق عليه ببينة او اقرار وفرق بينهما في الهداية فقال اذا ثبت بالبينة يحبسه كما ثبت لظهور المطل بانكاره وان ثبت باقراره لم يعجل بحبسه لانه لم يعرف كونه مماطلا في اول الوهلة فلعله طمع في الامهال فلم يستصحب المال فاذا امتنع بعد ذلك حبسه لظهور مطله ومثله حكي عن الصدر الشهيد والمحكي عن شمس الائمة السرخسي عكس ذلك لانه اذا ثبت بالبينة يعتذر فيقول ما علمت ان له علي دينا الا الساعة فاذا علمت قضيت ولا يتاتى ذلك في الاقرار والاحسن ما ذكره هنا فانه يؤمر بالايفاء مطلقا لانه يحتمل ان يوفي فلم يعجل بحبسه قبل ان يتبين له حاله بالامر والمطالبة وبذلك والصواب لا يحبسه فيهما اذا طلب المدعي ذلك حتى يسأله فان اقر ان له مالا امره بالدفع فان ابى حبسه لظهور مطله وان انكر المال والمدعي يقول له مال فالقاضي يقول للمدعي الك بينة ان له مالا فان اقام البينة ان له مالا امره بالدفع فان ابى حبسه وان عجز عن البينة والمدعي يدعي ان له مالا وهو ينكر كان القول قول المدعي فيما ذكر في المختصر من الديون وهو كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده او التزمه بعقد فيحبسه به لما ذكرنا **قال** لا في غيره ان ادعى الفقر الا ان يثبت غريمه غناه فيحبسه بما راى اي لا يحبسه في غير ما ذكرنا وذلك مثل ارش الجنايات وديون النفقات وضمان الاعتاق لان ذلك مما ليس بدل المال ولا ملتزم بعقد ان ادعى الفقر الا ان يثبت المدعي المال بالبينة فحينئذ يحبسه بقدر ما يرى لان المنكر متمسك بالاصل اذ الاصل ان الادمي يولد فقيرا لا مال له والمدعي يدعي امرا عارضا فكان القول لصاحبه مع يمينه ما لم يكذبه الظاهر الا ان يثبت المدعي بالبينة ان له مالا بخلاف الفصل المتقدم لان الظاهر يكذبه لان المال فيه حصل في يده ولا يلتزم الانسان ما لا يقدر عليه فظهر غناه بذلك والمراد بالمهر المعجل الذي يحبس فيه ما يتعارف تعجيله والزائد عليه لا يحبس فيه لانه جرى فيه التسامح بتاخير المطالبة وان كان حالا فلا يدل دخوله في العقد على انه قادر عليه واختار الخصاف ان القول للمديون في جميع ذلك لانه متمسك بالاصل وهو العسرة والمدعي يدعي عارضا فلا يسمع قوله وهو مروي عن اصحابنا واختيار ابي عبد الله البلخي ان كل دين اصله مال كثمن المبيع وبدل القرض فالقول فيه قول المدعي لانه دخل في ملكه مال وعرفت قدرته بذلك والمنكر يدعي خلاف ذلك فلا يقبل قوله وكل دين لم يكن اصله مالا كالمهر وبدل الخلع وما اشبه ذلك كان القول فيه قول المدعى عليه لانه لم يدخل شيء في ملكه ولم يعرف غناه فكان متمسكا بالاصل وهو مروي عن ابي حنيفة وابي يوسف وقال بعضهم ما كان سبيله سبيل البر والصلة كان القول قول المدعى عليه كما في نفقة المحارم ونحوه وفيما سوى ذلك القول قول المدعي وقال بعضهم كل دين لزمه بمعاقدته كان القول فيه قول المدعي اذ لا يلتزم ما لا يقدر عليه والا فالقول للمنكر لتمسكه بالاصل وذكر في كتاب النكاح ان المراة اذا ادعت ان الزوج موسر وطلبت نفقة الموسر وادعى هو العسر كان القول قوله وذكر في كتاب العتاق ان احد الشريكين اذا اعتق العبد المشترك وزعم انه معسر كان القول قوله وهاتان المسئلتان ترجحان على الاقوال كلها ولا تخالفان شيئا منها فيكون القول فيهما قول المنكر باتفاق الاقاويل وقال ابو جعفر البلخي يحكم الزي الا في الفقهاء فان كانت هيئته

هيئة الفقراء يعني المديون كان القول قوله وان كانت هيئة الاغنياء كان القول قول المدعي الا اذا كان من الفقهاء والاشراف والعباسية فانهم يتكلفون في اللبس فلا يدل على غناه وقوله يحبسه بما راه اي يحبسه قدر ما يرى يعني فيما اذا كان القول قول المدعي او في غيره ولكن المدعي اثبت المال بالبينة او بنكول المدعى عليه او باقراره وهذا يشير الى انه ليس لحبسه مدة مقدرة وانما هو مفوض الى راي القاضي يحبسه حتى يغلب على ظنه انه لو كان له مال لاظهره ولم يصبر على مقاساته وذلك يختلف باختلاف الشخص والزمان والمكان والمال فلا معنى لتقديره وما جاء فيه من التقدير بشهرين او ثلاث او اقل او اكثر اتفاقي وليس بتقدير حتما **قال** ثم يسال عنه اي القاضي يسال عن المحبوس بعد ما حبسه قدر ما يراه فان قامت بينة على اعساره اخرجه من الحبس ولا يحتاج فيه الى لفظ الشهادة والعدل الواحد يكفي في هذا والاثنان احوط وكيفيته ان يقول الشاهدان حاله حال المعسرين في نفقته وكسوته وحاله ضيقة وقد اختبرنا حاله في السر والعلانية وقال شيخ الاسلام رحمه الله هذا السؤال من القاضي عن حال المديون بعد ما حبسه احتياط وليس بواجب لان الشهادة بالاعسار شهادة بالنفي والشهادة بالنفي ليست بحجة فكان للقاضي ان لا يسال ويعمل برايه ولكن لو سال مع هذا كان احوط **قال** فان لم يظهر له مال خلاه لان عسرته ثبتت عنده واستحق النظرة الى الميسرة لقوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة فحبسه بعده يكون ظلما **قال** ولم يحل بينه وبين غرمائه اي لا يمنعهم عن ملازمته وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يمنعهم لانه منظر بانظار الله تعالى الى الميسرة فلو كان منظرا بانظارهم بان ضربوا له الاجل لا يكون لهم حق الملازمة قبل الاجل فكان بانظاره تعالى اولى ولكنا نقول هو منظر الى زمان قدرته على الايفاء وذلك ممكن في كل ساعة فيلازمونه كيلا يخفيه ولانه قد يكتسب فوق حاجته الدارة فياخذون منه فضل كسبه بخلاف الاجل لان الغريم ليس له ان يطالب قبل حلول الاجل مع القدرة على ادائه لانه مؤخر فيما لحق فيه نفس الدين حال وذمته مشغولة ولكن لا يطالب لعسرته وزوال العسرة متوقع في كل لحظة فيلازمونه **قال** ويرد البينة على افلاسه قبل حبسه لانها بينة على النفي فلا تقبل ما لم تتايد بمؤيد وهو الحبس وبعده تقبل على سبيل الاحتياط لا على الوجوب على ما بينا وعن محمد انها تقبل وبه كان يفتي الفقيه ابو بكر محمد بن الفضل ونصير بن يحيى وعامة المشايخ على الاول **قال** وبينة اليسار احق يعني اذا اقام المدعي البينة على اليسار واقام المدعى عليه على الاعسار كانت بينة اليسار اولى لان اليسار عارض والبينة للاثبات **قال** وابد حبس الموسر لان الحبس جزاء الظلم فاذا امتنع من ايفاء الحق مع القدرة عليه خلده في الحبس وفي الجامع الصغير رجل اقر عند القاضي بدين فانه يحبسه ثم يسال عنه فان كان موسرا ابد حبسه وان كان معسرا خلى سبيله قال فخر الاسلام معنى المسئلة اذا كان جاحدا فاقر عند القاضي وظهر للقاضي جحوده عند غيره ومماطلته او ظهر له مماطلته بعد ما اقر عند غيره فحينئذ يحبسه لما مر **قال** ويحبس الرجل بنفقة زوجته لانه ظالم بالامتناع عن الانفاق بخلاف النفقة الماضية لانها تسقط بمضي الزمان فان لم تسقط بان حكم الحاكم بها او اصطلح الزوجان عليها فانها ليست ببدل عن مال ولا لزمته بعقد على ما بينا **قال** لا في دين ولده اي لا يحبس الوالد في دين ولده لان الوالد لا يستحق العقوبة بسبب ولده الا ترى انه لا يجب عليه القصاص بقتله ولا بقتل موروثه ولا يجب عليه الحد بقذفه ولا بقذف امه الميتة بطلبه **قال** الا اذا ابى من الانفاق عليه يعني لا يحبس بسبب الابن الا اذا امتنع من الانفاق عليه فانه حينئذ يحبس لان النفقة لحاجة الوقت وهو بالمنع قصد اهلاكه فيحبس لدفع الهلاك عنه الا ترى ان له ان يدفعه بقتله اذا اشهر عليه السيف ولم يمكنه دفعه الا بالقتل ولان دين النفقة يسقط بمضي الزمان فلو لم يحبس عليها يفوت بخلاف سائر الديون لانها لا تسقط بمضي الزمان فلا يخاف فيها الفوت وهكذا حكم الاجداد والجدات وان علوا وكذا المولى لا يحبس بدين عبده المأذون ان لم يكن على العبد دين لان ماله للمولى وان كان عليه

اي لا يكون بالحائل المهملة بينه وبين غرمائه مستخلص

اي اذا فلسه الحاكم حال بينه وبين غرمائه الا ان يقيموا البينة ان له مالا لان القضاء بالافلاس يصح عندهما فتثبت العسرة ويستحق النظرة الى الميسرة وعند ابي حنيفة لا يتحقق الافلاس بحكم الحاكم لان المال غاد ورائح مستخلص

لكن معناه في هذه الرواية ان يقول الشاهد يشهد انه معسر الحال كثير العيال لا النفي المطلق مستخلص

وهذا اذا كان الولد صغيرا لا مال له واما فيما بين الرجل يحبس في دين والده بدين الولد لانه فيما تقدم فيه اشتباه لا انه بنا قضى قوله فيما تقدم لا في غيره مسكين

بيان المحكي

دين يحبس لان هذا الحبس لحق الغرماء وهم اجانب فلا يمتنع ولا يحبس العبد بدين المولى لانه لا يجب له عليه دين
والمولى يحبس بدين مكاتبه اذا لم يكن من جنس بدل الكتابة وان كان من جنسه لا يحبس لوقوع المقاصة
به لانه اذا كان من جنسه فقد ظفر بجنس حقه فله اخذه بخلاف ما اذا كان من خلاف جنسه لانه ليس له ان
يجعله بالدين الا برضاه والمولى بمنزلة الاجنبي عنه حتى يجب عليه الارش بالجناية عليه ويضمن ما اتلف
من ماله فكذا يحبس بدينه اذا ظهر ظلمه بالمماطلة ولا يحبس المكاتب لمولاه بدين الكتابة لانه لا يصير
ظالما بالامتناع عن بدل الكتابة لتمكنه من فسخ الكتابة من غير رضا مولاه ويحبس بدين اخر عليه غير
الكتابة لانه يصير ظالما بمنعه اذ لا يقدر على فسخ سبب ذلك الدين وقال بعض مشايخنا لا يحبس فيه ايضا
لانه يتمكن من اسقاط هذا الدين ايضا بان يعجز نفسه فيرد رقيقا فيسقط عنه دين المولى فصار كبدل الكتابة
الا ترى ان الكفالة به لا تجوز كما لا تجوز ببدل الكتابة بخلاف ما اذا كان الدين للاجنبي والفرق بينهما على الظاهر
ان بدل الكتابة ليس بدين على الحقيقة لانه صلة من وجه بخلاف غيره من الديون ثم صفة الحبس ان يكون
في موضع ليس فيه فراش ولا وطاء ولا يخلى احد يدخل عليه ليستانس به ولا يخرج لجمعة ولا جماعة ولا لحج فرض
ولا لحضور جنازة ولو اعطى كفيلا ولا لمجيء رمضان ولا للاعياد ليضجر قلبه ويوفي ولا يخرج لموت قريبه الا
اذا لم يوجد من يغسله ويكفنه فيخرج حينئذ لقرابة المولاد وفي رواية يخرج وان وجد من يجهزه وان مرض
مرضا اضناه فان كان له من يخدمه لا يخرج ولا اخرج ولا يخرج للمعالجة لانه يمكنه المعالجة في السجن
وان احتاج الى الجماع لا يمنع من دخول امراته وجاريته عليه ان كان في السجن موضع يستره لان اقتضاء
شهوة الفرج كاقتضاء شهوة البطن وقيل يمنع لان الوطي من فضول الحوايج بخلاف الاكل والشرب فان
منعه يودي الى الهلاك وهو يرخص له تناول مال الغير حالة المخمصة خوفا من الهلاك فكيف يجوز قتله
لاجل الدين ولا يمنع من دخول قرابته وجيرانه عليه لانه يحتاج اليهم للمشاورة والتدبير في قضاء الدين ولكن
لا يمكنون من المكث طويلا والمال الذي يحبس فيه غير مقدر حتى يحبس في درهم وما دونه لان مانعه ظالم متعنت

كتاب القاضي الى القاضي وغيره

اعلم ان هذا الباب ليس من كتاب القضاء لانه اما نقل شهادة او نقل حكم وكل ذلك ليس منه وانما اورده فيه لانه من عمل القضاة فكان ذكره فيه انسب **قال رحمه الله** ويكتب القاضي الى القاضي في غير حد وقود وهذا استحسان والقياس ان لا يجوز لان كتابه لا يكون اقوى من عبارته
فلو حضر بنفسه الى القاضي المكتوب اليه وعبر بلسانه ما في الكتاب لم يعمل به فكتابه اولى لان الكتاب
قد يزور والخط يشبه الخط وكذا الخاتم يشبه الخاتم فكان اكثر احتمالا من البينة وجه الاستحسان ما روي
ان عليا كرم الله وجهه اجاز ذلك لحاجة الناس اليه لانه قد يتعذر على الانسان الجمع بين شهوده وخصمه
ثم هو على ضربين نقل حكم وهو المسمى سجلا وسيأتيك بيانه ونقل شهادة وهو المراد هنا ولا يقال يستغنى عنه
بالشهادة فلا حاجة اليه لانا نقول يحتاج القاضي في الشهادة على الشهادة الى تعديل الاصول وقد يتعذر
ذلك لا سيما اذا كان في بلاد الغربة ويتعسر نقل الشهادة على وجهها ايضا اذ اكثر الناس لا يحسنون ذلك
وفي كتاب القاضي غنية عنه لانه هو يعدل الشهود ولا يحتاج فيه الى نقل الشهادة وانما هو ينقل كتابه فحسب
ولا يجوز ذلك في الحدود والقصاص لما فيه من الشبهة بزيادة الاحتمال وقوله في غير حد وقود يدخل تحته كل
حق لا يسقط بالشبهة كالدين والنكاح والطلاق والنفقة والوكالة والوصية والوفاة والوراثة والقتل
اذا كان موجبا المال والنسب من الحي والميت والغصب والامانة المجحودة والمضاربة المجحودة والاعيان المنقولة
كالعبد والجارية وغير المنقولة كالعقار يروى ذلك عن محمد رحمه الله وعليه المتاخرون وهو الذي يفتى به للضرورة
وفي ظاهر الرواية لا يجوز في المنقول للحاجة الى الاشارة اليها عند الدعوى والشهادة بخلاف العقار وغيره
من الحقوق لانها تعرف بالوصف اذ لا يمكن الاشارة الى الدين وامثاله والعقار يعرف بالحدود ولا يحتاج الى احضاره

اي يقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحقوق اذا شهد به عنده ... الحي ... مستخلص

ثم المصنف لما بين كيفية حكم القاضي في حضور الخصم اراد ان يبين حكمه فيما اذا كان الخصم غايبا وهو الحكم بالكتاب الى القاضي الاخر فقال باب الخ مستخلص

واورده بعد فصل الحبس لانه يتم بقاض واحد وكتاب القاضي الى القاضي لا يتم الا بقاضيين والواحد قبل المتعدد لا محالة وفي الكراجية كتاب القاضي الى القاضي فيما دون المسافة لا يجوز في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه لو كان بحال لو غدا الى باب القاضي لا يمكنه الرجوع الى منزله في يومه ذلك يقبل وعليه الفتوى مسكين

على الشهادة مع

فلم يجز ... الخ

الى مجلس الحاكم فصار كالدين وفي دعوى النكاح المقصود نفس النكاح لا نفس المراة او نفس الرجل وانما هما كالداين
والمدين والنكاح كالدين وكذلك الطلاق فلا يحتاج فيه الى الاشارة وعن ابي يوسف انه اجازه في العبد دون الامة
وغيرهما من المنقولات لغلبة الاباق فيه ولتعذر دفع الامة الى رجل لم يحكم له بالملك ليبعثها الى الكاتب
وعنه انه اجازه في الامة ايضا بشرايطه وهي ان يحلف المدعي انه كان له عبد ابق وهو اليوم في يد فلان
ويعرف العبد غاية التعريف بصفته واسمه وسنه وقيمته ويكتب القاضي ويذكر انه شهد عندي فلان وفلان
بان العبد الهندي الذي يقال له فلان حليته كذا وقامته كذا وسنه كذا وقيمته كذا ملك فلان المدعي هذا
وقد ابق الى بلدة كذا وهو اليوم عند فلان بغير حق فاذا وصل الكتاب اليه وثبت انه من عند الكاتب وفضه
بشروطه على ما يجيء يسلم العبد الى المدعي من غير ان يقضي له بالملك لان الذين شهدوا لم يشهدوا بحضرة العبد وياخذ
كفيلا من المدعي بنفس العبد ويجعل خاتما من رصاص في عنق العبد حتى لا يتعرض له متعرض في الطريق انه سرقه
ويكتب كتابا الى الكاتب بذلك ويشهد شاهدين على كتابه وختمه وعلى ما في الكتاب فاذا وصل الكتاب الى القاضي
الكاتب يشهد الشهود ان هذا كتابه وختمه امر المدعي ان يحضر شهوده الذين شهدوا عنده فيعيدوا الشهادة
بالاشارة الى العبد انه ملكه فاذا شهدوا حكم به وكتب الى المكتوب اليه لا ليبري كفيله وقيل لا يحكم به لان
الحكم على الغايب لا يجوز لان الشخص الذي كان عنده العبد هو الخصم وهو غايب ولكن يكتب ما جرى عنده وشهد
شاهدين على كتابه وختمه وما فيه ويبعث بالعبد والكتاب معه الى ذلك الحاكم حتى يقضي له به بحضرة المدعى
عليه فاذا وصل الكتاب اليه فليفعل هو كذلك ويبري الكفيل وانما يفعل به كذلك ليقطع وهم الشركة لانه ربما
يشاركه غيره في الاسم والصفة والحلية وفي المقضي عليه وهو الذي في يده العبد وهذه الجهالة بالاحضار والاشارة
اليه ترتفع فلهذا يجب احضاره والجارية كالعبد فيما ذكرنا الا انه لا يسلمها للمدعي بل يبعثها مع امين معه
قال رحمه الله فان شهدوا على خصم حاضر حكم بالشهادة لوجود الحجة وحضور الخصم **قال رحمه الله** وكتب بحكمه وهو المدعو سجلا اي كتاب الحكم يسمى سجلا وانما يكتب حتى لا ينسى الواقعة على طول الزمان وليكون الكتاب مذكرا له والا
فلا يحتاج الى كتاب الحكم لانه قد تم بحضور الخصم بنفسه او من يقوم مقامه الا اذا قدر انه غايب بعد الحكم
عليه وجحده فحينئذ يكتب له ليسلم له حقه او لينفذ حكمه **قال رحمه الله** والا لم يحكم اي ان لم يكن الخصم حاضرا لا
يحكم لان الحكم على الغايب لا يجوز لما عرف في موضعه ولو حكم به حاكم يرى ذلك ثم نقل اليه نفذه بخلاف الكتاب
الحكمي حيث لا ينفذ خلاف مذهبه لان الاول محكوم به فيلزمه والثاني ابتداء حكم فلا يجوز له **قال رحمه الله**
وكتب الشهادة ليحكم المكتوب اليه بها وهو الكتاب الحكمي وهو نقل الشهادة في الحقيقة لان الحاكم الكاتب
لم يحكم بالشهادة وانما نقلها ليحكم بها المكتوب اليه ولهذا يحكم المكتوب اليه برايه وان خالف راي الكاتب
بخلاف السجل فانه ليس له ان يخالفه وينقض حكمه لان الاول قد استحكم بالقضاء وهو فصل مجتهد فيه ان كان
الخصم غايبا والا فمتفق عليه فلا يكون لاحد من القضاة نقضه فاذن لا فرق بين كتاب القاضي الى القاضي
والشهادة على الشهادة الا من حيث ان شهود الفرع يشهدون على شهادة الاصول والناقلون لكتاب القاضي
يشهدون على ان الكتاب من القاضي وان القاضي المكتوب اليه لا يحتاج الى تعديل الشهود الذين شهدوا
في الحادثة وفي الشهادة على الشهادة لا بد من تعديلهم **قال رحمه الله** وقرا عليهم وختم عندهم وسلمه اليهم اي القاضي
الكاتب فعل ذلك كله وهو من شرايطه لانهم يشهدون عند الثاني فلا بد من ان يقرا الكتاب عليهم ليعرفوا
ما فيه اذ لا شهادة بدون العلم او يعلمهم بما فيه لان المعرفة تحصل به وهو المقصود ولا بد من ختمه بحضرتهم
ثم يسلمه اليهم كيلا يتوهم التغيير ولا بد للشهود من حفظ ما فيه لانهم يشهدون به كما في ساير الشهادات
ومن شرايطه ايضا ان يكون للكتاب عنوان وهو ان يكتب فيه اسمه واسم ابيه وجده واسم القاضي المكتوب اليه
وابيه وجده حتى لو اخل بشيء منها لا يقبل الكتاب ويكتب العنوان من داخل الكتاب حتى لو كان على الظاهر لا يقبل

اي القاضي بخارى بحضر العبد مع الخصم ونعته بشرايطه فان لم تكن حليته كما كتب يترك وان كان كما كتب فالخصم ان ذهب الى سمرقند فيها ونعت والا يسلم العبد الى المدعي مستخلص

ط اي يكتب قاضي بخارى الى قاضي سمرقند حول كتابه ويكتب فيه انه ارسل اليه العبد وقضى به كذا مستخلص

هـ اي عند قاضي سمرقند ان الشهود شهدوا بحضوره ليحكم به قاضي بخارى على الخصم ويبري الكفيل عن الكفالة او الرهن مستخلص

ك المدعى عليه والمراد من هذا الخصم وكيل الغايب وهو المدعي ... الذي جعل وكيله لاثبات الحق اليه اذ لو كان المراد بالخصم هو المدعى عليه نفسه لما احتيج الى كتاب قاض الى قاض اخر لان حكم القاضي قد تم على الخصم فلا يحتاج الى قضاء قاض اخر لكن ذكر السغناقي في النهاية وانما يحكم بالشهادة لوجود الحجة التامة وانما يكتب لانه يحتاج الى الحكم المكتوب اليه بل ياخذ المكتوب اليه الحق ويوصله الى المستحق وذكر في الينابيع ان صورته رجل ادعى على رجل الفا فاقام عليه بينة او اقر بذلك واصطلحا ان ياخذ ها منه في بلد اخر وكتب قاضي هذا البلد الى قاضي تلك البلد مخافة ان ينكر فياخذه بالكتاب وهذا احسن مما ذكر في النهاية لان هذا موافق للروايات المطلقة عن ذكر الوكيل بالخصومة مكان الخصم مستخلص

وعن القضاة اليوم انهم يسلمون الكتاب ... وعن ابي حنيفة انه ... مسكين

ان يتوثق ... الكتاب ... فمعلوم ... وان ... لم يحصل ...

وقيل هذا في عرفهم اما في عرفنا فالعنوان يكون على الظاهر فيعمل به ويكتب فيه اسم المدعي عليه واسم المدعي
على وجه يقع به التمييز وذلك بذكر احدهما ويذكر الحق فيه ويذكر الشهود ان شاء وان شاء اكتفى بذكر
شهادتهم وعن ابي يوسف رواية لا يشترط على الشهود الا نقل الكتاب والشهادة انه كتاب فلان ولا على القاضي
سوى كتابة الحاجة التي لا بد من معرفتها واختاره شمس الائمة لكونه اسهل **قال** فان وصل الى المكتوب
اليه نظر الى ختمه ولم يقبله بلا خصم وشهود لان هذا الكتاب للحكم به فلا يقبله الا بحضور الخصم كالشهادة
بخلاف القاضي الكاتب حيث يسمع الشهادة ويكتبها والخصم غايب لانه للنقل لا للحكم ونظيره الشهادة على الشهادة
حيث لا يشترط فيها حضور الخصم عند الاداء لا عند التحمل ويجوز ان يزور الكتاب فلا يقبله الا ببينة عند انكار الخصم
انه كتاب القاضي وان اقر فلا حاجة الى اقامة البينة انه كتابه ولا يلزم كتاب الاستيمان من اهل الحرب حيث يعمل
به وان لم تقم بينة بانه كتابهم لانه ليس بملزم وهذا ملزم فلا بد من حجة تامة من شهادة رجلين او رجل وامرأتين
او اقرار الخصم ولا يلزم رسول القاضي الى المزكي ورسول المزكي الى القاضي فانه يكون معتبرا بلا بينة لان الالزام فيه
بشهادة الشهود لا بالتزكية وقال ابو يوسف رحمه الله ياخذ القاضي المكتوب اليه الكتاب بغير بينة ولكن لا يعمل به الا ببينة
قال فان شهدوا انه كتاب فلان القاضي سلمه الينا في مجلس حكمه وقراه علينا وختمه فتحه القاضي وقراه على الخصم
والزمه ما فيه يعني اذا ثبتت عدالة الشهود عنده بان كان يعرفهم بالعدالة او وجد في الكتاب عدالتهم بان كان القاضي
الكاتب قد كتب عدالتهم او سال من يعرفهم من الثقات فزكوا واما قبل ظهور عدالتهم لانه قد لا تثبت عدالتهم فلا يحكم
به ولا يلزم الخصم لانه لا يكون حجة الا بعد ظهور عدالتهم وذكر الخصاف انه لا يفتحه الا بعد ظهور عدالتهم لانه
قد لا تثبت عدالتهم فيحتاج المدعي الى غيرهم من الشهود لاثبات ان الكتاب من القاضي لانهم يشهدون بذلك قبل الفتح
كالشهود الاول بخلاف قبول الكتاب حيث يقبله اذا شهدوا انه كتابه قبل ثبوت عدالتهم بحضرة الخصم وقوله الى
سلمه الينا الى اخره شرط للحكم به حتى اذا قالوا لم يسلمه الينا او لم يقراه علينا او لم يختمه بحضرتنا لم يعمل به وشرط في
الذخيرة حضور الخصم لقبول البينة بانه كتاب فلان او لقبول الكتاب حتى لو قبله مع غيبة الخصم جاز والاشبه
ان يكون هذا قول ابي يوسف فان عنده يقبله من غير بينة ومن يد المدعي ايضا اذا جاء به وحده وكذا استسهل
عند الاثبات فقال اذا شهدوا انه كتابه ولم يشهدوا بالختم وغيره قبله فشهل في ذلك لما ابتلي بالقضاء
وليس الخبر كالمعاينة ولو وجد في الكتاب ما يخالف شهادتهم رده ثم لا بد من مسافة بين القاضيين حتى يجوز
كتاب القاضي واختلفوا في تلك المسافة فمنهم من قال هي معتبرة بالشهادة على الشهادة وهي مسيرة ثلاثة ايام في
ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه ان كان في مكان لو غدا لاداء الشهادة لا يستطيع ان يبيت في اهله صح الاشهاد
وعن محمد انه تجوز الشهادة على الشهادة وان كان الاصل صحيحا في المصر وذكر الكرخي في اختلاف الفقهاء ان كتاب
القاضي الى القاضي مقبول وان كان في مصر واحد فكانهم اعتبروه بالتوكيل وفي الظاهر اعتبروه بالعجز **قال**
ويبطل الكتاب بموت الكاتب وعزله هذا اذا مات او عزل قبل وصول الكتاب الى الثاني او بعد وصوله
قبل ان يقراه عليه لانه بمنزلة الشهادة على الشهادة فموت الاصول قبل اداء الفروع الشهادة يبطل شهادة
الفروع فكذا هذا وكذا اذا جن الكاتب او ارتد او قذف فحد او عمي وقال ابو يوسف لا يبطل بل المكتوب اليه يقضي
به ذكر قوله في الامالي وهو قول الشافعي لهما ان القاضي الكاتب بمنزلة شهود الفرع وكتابه بمنزلة اداء شهود
الفرع الشهادة لانه ينقل شهادة الذين شهدوا بالحق الى القاضي المكتوب اليه والنقل قد تم بالكتابة فصار
بمنزلة شهود الفرع اذا ماتوا بعد اداء الشهادة قبل القضاء بها فانه لا يمنع القضاء فكذا هذا وهكذا الحكم
في كل شاهد مات بعد اداء الشهادة قبل الحكم بها ولنا ان القاضي الكاتب وان كان ينقل شهادة الذين شهدوا
عنده الا ان لهذا النقل حكم القضاء الا يرى ان هذا النقل لا يصح الا من القاضي ولا يشترط فيه عدد ولا لفظ
الشهادة ووجب على القاضي الكاتب هذا النقل بسماع البينة وما يجب على القاضي بسماع البينة قضاء فثبت ان لهذا

نسخة لو قامة

النقل

النقل حكم القضاء لم يتم بعد لان تمامه بوجوب القضاء على المكتوب اليه ولا يجب القضاء على المكتوب اليه قبل
وصول الكتاب اليه وقبل قراءته لان العلم بالمقضي به شرط لوجوب القضاء فلم يكن النقل تاما فيبطل بموت
القاضي كما في ساير الاقضية اذا مات القاضي قبل تمامها بخلاف شهود الفرع اذا مات الاصول بعد اداء الفرع الشهادة
لانهم اوجبوا الحكم على القاضي بشهادتهم فلا يسقط عنه الوجوب بموت الاصول او بموت الفروع كما في ساير
الشهادات اذا مات الشهود بعد الاداء قبل الحكم بشهادتهم فانه لا يسقط عنه الوجوب فكذا هذا ولو قبل مع
هذا وحكم به ثم رفع الى قاض اخر ولم يقضه جاز لان قضاءه صادف محلا مجتهدا فيه لان هذا القضاء مختلف فيه
وان كان الاختلاف في نفس القضاء ينفذ بالتنفيذ من قاض اخر بخلاف ما قبل القضاء حيث ينفذ بنفس القضاء لما
عرف في موضعه ولو مات القاضي الكاتب بعد ما قرا الكتاب لا يبطل في ظاهر الرواية ويحكم به المكتوب اليه
لانه وجب عليه القضاء به بالقراءة فلا يبطل بالموت كما لو مات الشاهد بعد اداء الشهادة قبل الحكم بها وفي اختلاف
زفر ويعقوب انه لا يقضي به اذا مات قبل قضائه **قال** وبموت المكتوب اليه الا اذا كتب بعد اسمه والى
كل من يصل اليه من قضاة المسلمين اي يبطل الكتاب بموت القاضي المكتوب اليه الا اذا كتب الى فلان القاضي والى
كل من يصل اليه من قضاة المسلمين فحينئذ لا يبطل بموت القاضي المكتوب اليه والضمير في قوله بعد اسمه عايد
على القاضي المكتوب اليه وقال الشافعي رحمه الله لا يبطل وان لم يقل ذلك ويحكم القاضي الذي جاء بعده به كما لو قال
والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين ولنا ان القاضي الكاتب اعتمد على علم الاول وامانته والقضاة متفاوتون
في الامانة فصار نظير الامناء في الاموال بخلاف ما اذا قال والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لانه اعتمد الكل
فكان المكتوب اليه بخلاف ما اذا قال ابتداء الى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين حيث لا يجوز ان يحكم به احد لان
اعلام ما في الكتاب والمكتوب اليه شرط وتمام الاعلام لا يحصل بهذا القدر واذا عين واحدا حصل التعريف وصح
كتاب القاضي الى القاضي وصار غيره تبعا له واجاز ابو يوسف رحمه الله من غير تعيين احد من القضاة حين ابتلي بالقضاء
واستحسنه كثير من المشايخ للامر ولا يقبل القاضي رسالة قاض اخر وان قامت عليها بينة لانه ينقل عبارته فيكون
كان القاضي حضر وتكلم به وهو لو حضر وتكلم به لا يسمع كلامه لانه كواحد من الرعية في غير موضعه ولا يشبه
بخلاف الكتاب لانه كتبه في مجلس حكمه فكان الكتاب منه كالخطاب للقاضي المكتوب اليه مشافهة لصدور
الكتاب من موضع القضاء ونقول ان الكتاب لا يقبل قياسا وانما قبل للضرورة ولا ضرورة الى الرسالة لان في
الكتاب غنية عنه فبقي على اصل القياس ويجوز للقاضي المكتوب اليه ان يكتب كتابا الى قاض اخر اذا تعذر حضور
خصمه عنده وكذا للمكتوب اليه ثانيا ان يكتب الى اخر الى ما لا يتناهى لان الشهادة الواقعة عند الاول صارت
منقولة الى المكتوب اليه حكما فصار كانهم شهدوا عنده حقيقة فجاز ان ينقلها الى غيره اذ الحاجة الى نقلها
مرارا ماسة وهي المجوزة للنقل **قال** لا بموت الخصم يعني لا يبطل الكتاب بموت الخصم لان وارثه يقوم مقامه
فينفذ عليه وعلى هذا لو مات المدعي ينبغي ان لا يبطل لان وارثه يقوم مقامه فينفذ له وكما يجوز كتاب القاضي
الى القاضي يجوز كتاب القاضي الى الامير لكن ان كان في مصره اقتصر على قوله اصلح الله الامير ولا يكتب اكثر من ذلك
وان كان في مصر اخر فلا بد من ذكر الاسم والنسبة والختم والشهادة كما في كتاب القاضي الى القاضي والقياس ان لا يجوز
في مصره الا به ولكن استحسنوا ذلك للعادة فان القاضي يكتب الى الوالي ويستعين به فيما عجز عن اقامته في كل وقت
ولو شرط ذلك لحرجوا لان كل واحد لا يحضر مجلس الامير فيشهد والامير لا يمكنه من التفحص عن احوال الشهود فقبل
الكتاب للضرورة ولكن هذه الضرورة والعادة فيما اذا كان الامير في مصره وان كان الامير في مصر اخر غير المصر الذي
فيه القاضي بقي على اصل القياس لعدم جريان العادة والضرورة لقلته ووقوعه **قال** وتقضي المراة في غير حد
وقود لان القضاء يستقى من الشهادة على ما بينا وشهادتها جايزة في غير الحدود فكذا يجوز قضاؤها فيها وفي لا
تجوز في الحدود والقصاص كشهادتها لما فيهما من شبهة البدلية وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز ان تولى المراة القضاء

اى كتاب والسنة المشهورة والاجماع اى المجتهد فيه ان لا يكون مخالفا لما ذكرنا ومخالفا الكتاب مثل متروك التسمية عمدا ومخالف السنة المشهورة كالقضا بحل المطلقة ثلاثا بنكاح الزوج الثانى من غير وطى على مذهب سعيد بن المسيب لان ما اجتمع عليه الجمهور لا يعتبر خلاف البعض ومخالف الاجماع كالقضا بحل المتعة لان الصحابة اجمعوا على فساده وذكر فى اصول الفقه ان العلما اختلفوا فى ان الاجماع هل ينعقد باتفاق اكثر المجتهدين اولا بد من اتفاق الكل فوقع فى الهداية اختيار اتفاق الاكثر لما ذكرنا حتى قال ان فى مقابلة الاكثر لا يعتبر خلاف الاقل وفى كتب اصول الفقه رجحوا ذلك المذهب وعوان اختلاف الاقل فى مقابلة الاكثر معتبر فان واحدا من الصحابة ربما خالف الجمع الكثير ولم يقولوا ان اكثر منكم بل اعتبروا مخالفته هكذا ذكره فخر الاسلام البزدوى فى اصوله والامام صدر الشريعة فى شرح الوقاية فحاصله ان القاضى اذا قضى فى مجتهد فيه يصير مجمعا عليه ووجب على قاض اخر تنفيذه اما اذا كان نفس القضا مختلف فيه كالقضا على الغايب والقضا بشاهد ويمين فانه لا يصير مجمعا عليه الا ان يرفع قضاوه الى قاض اخر فيمضيه فحينئذ يصير مجمعا عليه والامضا اذا رفع الى قاض اخر يجب عليه تنفيذه كذا فى شرح الوقاية مستخلص

عقلها قلنا هو من اهل الولاية وبه تصير اهلا للشهادة فكذا للقضا كالرجل قال رحمه الله ولا يستخلف قاض الا ان يفوض اليه ذلك بخلاف المامور بالجمعة لانه فوض اليه القضا لا التقليد فلا يتصرف فى غير ما فوض اليه كالوكيل لا يوكل بدون اذن الموكل وفى الجمعة جوزنا للمامور باداها ان يستخلف لكونها على شرف الفوات ثم اذا احدث قبل ان يشرع فى الجمعة لم يجز له ان يستخلف الا من شهد الخطبة لانها شرط فيها فلا تنعقد دونها وان كان شرع فيها جاز ان يستخلف من لم يدرك الخطبة لانها انعقدت بالاصل وكان الثانى نايبا فلا يشترط للبنا ما يشترط للافتتاح ولانه لما دخل معه فى الصلاة وجازت صلاته معه التحق بمن شهد الخطبة حكما اذ هى لا تجوز الا بالخطبة ولهذا لو افسد المستخلف الجمعة واعادها جاز وان لم يدرك الخطبة لما ذكرنا ولو استخلف مع ذلك بحكم الخليفة فاجازه القاضى جاز اذا كان المستخلف اهلا للقضا وان كان رقيقا او محدودا فى قذف او كافرا لم يجز وكذا اذا قضى بحضرة القاضى جاز لان مقصود الامام بتوليته حضور رائه كالوكيل بالبيع والشرا اذا وكل غيره فباشر وكيله بحضرته او بغيبته فاجاز ولو فوض اليه الامام ان يستخلف بان قال له ول من شيت له ان يولى من شا فيصير نايبا عن الامام فى التولية حتى لا يملك عزله كالوكيل اذا اذن له الموكل بالتوكيل فوكل صار وكيلا عن الموكل حتى لا يملك الوكيل عزله ولا ينعزل بموته وينعزل بموت الموكل بخلاف الوصى حيث يملك الايصا الى غيره ويملك التوكيل والعزل فى حياته لان اوان ثبوت حكمها بعد موت الموصى وقد يعجز الوصى عن الجرى على موجب الوصية ولا يمكنه الرجوع الى الموصى فيكون الموصى راضيا باستعانته بغيره دلالة كيلا تفوت مصالحه بخلاف الامام والموكل لانهما يتصرفان بانفسهما فلا تفوتهما المصالح ولو فوض اليه العزل بان قال استبدل من شيت كان له العزل لانه ملكه بالتفويض اليه وهذا لانه نايب عن الامام فلا يملك الا ما اطلق له لان رضاه بتصرفه لا يدل على رضاه بتولية غيره لان الناس متفاوتون فى الامانة والتصرف قال رحمه الله واذا رفع اليه حكم قاض امضاه ان لم يخالف الكتاب والسنة المشهورة والاجماع لانه لا مزية لاحد الاجتهادين على الاخر وقد ترجح الاول باتصال القضا به فلا ينقض بما هو دونه ولانه لو لم ينفذ الاول لما نفذ الثانى وكذا الثالث والرابع الى ما لا يتناهى لاحتمال ان يجى قاض يرى خلاف ذلك فكان نافذا ضرورة وقد صح ان عمر رضى الله عنه لما كان اشتغل تقلد القضا ابا الدردا واختصم اليه رجلان فقضى لاحدهما ثم لقى عمر المقضى عليه فسأله عن حاله فقال قضى على فقال عمر لو كنت انا مكانه لقضيت لك فقال المقضى عليه وما يمنعك عن القضا قال ليس هنا نص والراى مشترك وروى عن عمر رضى الله عنه انه قضى فى حادثة بقضية ثم قضى فيها بخلاف ذلك فقيل له فى ذلك فقال تلك كما قضينا وهذه كما نقضى وفى الجامع الصغير وما اختلف فيه الفقها فقضى به القاضى ثم جاء قاض اخر يرى غير ذلك امضاه قيده بكون الثانى يرى خلاف ما حكم به الاول وليس فيما ذكره فى الكتاب التقييد به فيوهم انه انما يمضيه اذا كان موافقا لرايه وقالوا شرطه ان يكون عالما باختلاف العلما حتى لو قضى فى فصل مجتهد فيه وهو لا يعلم بذلك لا يجوز قضاوه عند عامتهم ولا يمضيه الثانى ذكره فى النهاية معزيا الى المحيط وقال فيه شمس الايمة هذا هو ظاهر المذهب فلو قضى فى المجتهد فيه مخالفا لرايه ناسيا لمذهبه نفذ عند ابى حنيفة وان كان عامدا ففيه روايتان فى رواية ينفذ لانه ليس بخطا بيقين وفى اخرى لا ينفذ لانه خطا عنده وقد نهى عن اتباع هوى غيره بقوله تعالى ولا تتبع اهواءهم وعندهما لا ينفذ فى الوجهين وعليه الفتوى وقيل الفتوى على النفاذ ذكره فى الكافى ثم شرط ان لا يكون مخالفا لما ذكره من الادلة ولو كان مخالفا لها نقضه الثانى لان الاجتهاد على خلاف هذه الادلة غير سايغ فينتقض به وقيد بالسنة المشهورة احترازا عن الغريب والمراد بالاجماع ما ليس فيه خلاف يستند الى دليل شرعى فحاصله ان الذى قضى به الاول لا يخلو من اربعة اوجه اما ان يكون موافقا للدليل الشرعى كالكتاب والسنة والاجماع فلا كلام فيه واما ان يكون مختلفا اختلافا يستند كل واحد الى دليل شرعى فكذلك الحكم لا يتعرض له بنقض بعد ما حكم به حاكم مثاله اذا رفع الى حاكم من اصحاب الشافعى اليمين بالطلاق المضاف فابطل اليمين نفذ ولا يقع الطلاق بتزوجها بعده والاحسن ان يقول ابطلت اليمين ونقضتها

لان يحكم اوزوجها فان كان ...

اى ما قضاه الاول

ابده

٦٢

الطلاق واما ان يكون الخلاف فى نفس القضا ففيه روايتان فى رواية لا ينفذ ذكره الخصاف وهو الصحيح لان محل الخلاف لا يوجد قبل القضا فاذا قضى فحينئذ وجد محل الخلاف والاجتهاد فلا بد من قضاء اخر يرجح احدهما وذلك مثل القضا على الغايب وللغايب وقضاء المحدود فى القذف وشهادته بعد التوبة وقضاء الفاسق وشهادته قبل التوبة حتى لو قضى على الغايب او قضى الفاسق او المحدود فى الاصح لا ينفذ الا اذا رفع الى حاكم اخر فقضى بصحة حكمه فحينئذ يلزم ولو فسخه انفسخ لان الخلاف فى نفس القضا فقبل القضا لم يوجد محله واما ان يكون مخالفا للدليل الشرعى وهو النوع الرابع فانه لا ينفذ قضاوه ولا ينفذ بتنفيذ قاض اخر ولو رفع الى الف حاكم ونفذه لان قضاءه وقع باطلا لمخالفته الكتاب او السنة او الاجماع فلا يعود صحيحا بالتنفيذ وذلك مثل القضا بشاهد ويمين او القصاص بتعيين الولى واحدا من اهل المحلة وعنده او تصحيح نكاح المتعة او الموقت او تصحيح بيع عبد معتق البعض او بكروم ثمن متروك التسمية عمدا او بجواز نكاح الجدة او امراة الجد او بسقوط الدين بمضى سنين او بجواز بيع جنين ذبحت امه ومات فى بطنها او بحل المطلقة ثلاثا للاول قبل ان يدخل بها الثانى او بابطال عفو المراة عن القود او بعدم وقوع الطلاق الثلاث جملة او بعدم وقوع الطلاق على حبلى او حايض او قبل الدخول كل ذلك لا ينفذ فيه حكم الحاكم لو وقع باطلا ولا ينفذ بالتنفيذ وبيع ام الولد من هذا القبيل عند محمد حتى لو قضى بجوازه لا يجوز وعندهما يجوز واصل الخلاف فيما اذا وقع الخلاف فى قضية فى عصر ثم اجمع العلما على احد القولين فى عصر اخر بعدهم هل يرتفع الخلاف المتقدم ام لا فعنده يرتفع فلم يعتبر خلاف المتقدمين وعندهما لا يرتفع فيكون خلافه باقيا على حاله قال شمس الايمة يرتفع بلا خلاف فحينئذ ينفذ حكم الحاكم فيه عندهما لان هذا الاجماع ضعيف فينفذ قضاء القاضى بخلافه لضعفه قال رحمه الله وينفذ القضا بشهادة الزور فى العقود والفسوخ ظاهرا وباطنا لا فى الاملاك المرسلة اى فى الاملاك المطلقة وهى التى لم يذكر سببها معينا وهذا عند ابى حنيفة رحمه الله وهو قول ابى يوسف اولا ثم رجع عنه فقال لا ينفذ الا ظاهرا وهو قول محمد والشافعى لان شهادة الزور حجة ظاهرا لا باطنا فصار كما لو كان الشهود عبيدا او كفارا او محدودين فى قذف وكما اذا قضى بنكاح رجل على امراة وهى منكوحة الغير او معتدته وكما فى الاملاك المرسلة ولنا قول على رضى الله عنه للمراة شاهداك زوجاك ولان القضا لقطع المنازعة بينهما من كل وجه فلو لم ينفذ باطنا كان تمهيدا للمنازعة بينهما وقد عهدنا نفوذ مثل ذلك فى الشرع الا يرى ان التفريق باللعان ينفذ باطنا واحدهما كاذب بيقين وكذا اذا اختلف المتبايعان وتحالفا فسخ القاضى البيع بينهما فينفذ الفسخ باطنا حتى يحل للبايع وطى الجارية المبيعة فكذا فى كل الفسوخ والعقود ولا يرد علينا ما ذكروا لانا نجعل حكم الحاكم انشا وشرطه ان يكون المحل قابلا فاذا كانت تحت زوج او كانت معتدة لا يقبل الانشا وانما لا يشترط الشهود فى النكاح لانه مقتضى فى صحة القضا وما ثبت اقتضا لا يراعى فيه شرايطه وشهادة العبيد ونحوهم ليس بحجة اصلا بخلاف الفساق على ما عرف فى موضعه ولانه يمكن الوقوف عليهم فلم تكن شهادتهم حجة وانما لا ينفذ باطنا فى الاملاك المرسلة لان فى اسباب الملك تزاحما وليس تعيين البعض اولى من البعض واثبات الملك مطلقا بغير سبب ليس فى وسع البشر فتعين الالغا بخلاف ما اذا ادعى سببا معينا كالبيع والشرا والاجارة والنكاح والاقالة والفرقة بالطلاق او غيره وفى الهبة والصدقة روايتان وكذا فى البيع باقل من قيمته فى رواية لا ينفذ باطنا لان القاضى لا يملك انشا التبرعات فى ملك الغير والبيع باقل من قيمته تبرع من وجه وفى رواية ينفذ لان النفوذ فى ضمن صحة القضا فلا يشترط فيه شرايطه ولا يختص بمحل ولان البيع باقل من القيمة ليس بتبرع الا ترى ان المكاتب والعبد الماذون له يملكانه واذا ادعت المراة ان زوجها ابانها بثلاث او بواحدة يجحد الزوج فحلفه القاضى فحلف ان علمت ان الامر كما قالت لا يسعها الاقامة معه ولا ان تاخذ من ميراثه شيا وهذا لا اشكال فيما اذا كان الطلاق ثلاثا لبطلان المحلية للانشا قبل زوج اخر وفيما دون الثلاث مشكل لانه يقبل انشا النكاح فينبغى ان يثبت

لا بالقضا على الغايب

اى يجوز ان مذهب ابى حنيفة مشكل جدا فان الحرام المحض كيف يكون سببا للحل فيما بينه وبين الله تعالى وجوابه انا لا نجعل الحرام المحض وهى الشهادة الكاذبة من حيث انه اخبار كاذب سببا للحل بل حكم القاضى صار كانشاء عقد جديد وهو ليس بحرام بل هو فرض لان القاضى غير عالم بكذب الشهود وفايدة النزاع ان فايدة قوله ينفذ ظاهرا وباطنا انه يحل للشاهد والمشهود عليه ذلك بعد قبول الشهادة فى قول ابى حنيفة رحمه الله تعالى مستخلص

لا انشا على قول ابي حنيفة رحمه الله وجوابه ان يقال ان الانشا انما يثبت اذا قضى القاضي بالنكاح وهنا لم يقض به
لاعتراف الزوجين بالنكاح الا ان المراة ادعت الفرقة بينهما وعجزت عن اثباته عند الحاكم فبقي ما كان على ما كان فلم
يحتج القاضي الى القضاء بالنكاح قال ولا يقضي على غايب الا ان يحضر من يقوم مقامه كالوكيل والوصي او يكون
ما يدعى على الغايب سببا لما يدعى على الحاضر كمن ادعى عينا في يد غيره انه اشتراه من فلان الغايب وقال مالك
والشافعي يجوز القضاء على الغايب وان لم يحضر من يقوم مقامه لانه عليه السلام قضى لهند امراة ابي سفيان بالنفقة
وابو سفيان غايب فقال لها خذي من مال ابي سفيان ما يكفيك وولدك وقوله عليه السلام البينة على المدعي
مطلقا من غير اشتراط حضور خصم ولان الحجة وجدت على التمام وهي البينة وهي مبينة كاسمها فجاز القضا
بها كما اذا كان الخصم حاضرا ولنا قوله عليه السلام لعلي رضي الله عنه لا تقض لاحد الخصمين حتى تسمع كلام الاخر فانك
اذا سمعت كلام الاخر علمت كيف تقضي رواه احمد وابو داود والترمذي بمعناه ولان القضا لقطع المنازعة
ولا منازعة هنا لعدم الانكار فلا يصح ولان وجه القضا يشتبه في هذه الحالة لانه يحتمل ان يقر الخصم ويحتمل ان ينكر
واحكامهما مختلفة فانه بالاقرار يقتصر وبالبينة يتعدى فلا يجوز مع الاشتباه الا ترى انه عليه السلام قال
فانك اذا سمعت كلام الاخر علمت كيف تقضي فهذا دليل على ان العلم بوجه القضا شرط لصحة القضا وان الجهل
به يمنع القضا وانه لا يرتفع الا بكلامهما ولان البينة لا تكون حجة الا اذا عجز المنكر عن الطعن في الشهود
ومع غيبته لا يتحقق عجزه فلا تكون حجة ولا حجة لهما في حديث هند لانه لم يكن قضاء وانما كان فتوى او اعانة
لها على اخذ ماله الا ترى انها لم تدع الزوجية ولم تقم البينة فكان عليه السلام عالما بانها امراته ولم يكن على
وجه القضا اصلا وكذا قوله عليه السلام البينة على المدعي ليس لهما فيه حجة بل هو حجة لنا لان البينة اسم لما
يحصل به البيان وليس المراد البيان في حق المدعي ولا في حق القاضي لان المدعي عالم بحقه والقاضي لا يتاثر بكلام
المدعي اذا لم يكن له منازع فتعين ان تكون في حق الخصم وكذا لو اقام المدعي البينة على خصم حاضر ثم زكيت بينته
ثم غاب المدعى عليه لا يقضى عليه حتى يحضر هو او من يقوم مقامه فيقضى عليه بتلك البينة من غير اعادتها وكذا
اذا غاب قبل التزكية ولو اقر عند الحاكم فغاب قبل ان يقضي عليه قضي عليه وهو غايب لان له ان يطعن البينة فتبطل
به دون الاقرار وعن ابي يوسف انه يقضى بالبينة ايضا ثم من يقوم مقامه قد يكون بانابته او بانابة الشرع كالوصي
من جهة القاضي وكلاهما ظاهر وقد يكون حكما وذلك بان يكون ما يدعيه على الغايب سببا لما يدعيه على الحاضر
وهو نوعان احدهما ان يكون ما يدعيه على الحاضر والغايب شيئا واحدا مثل ان يدعي دارا في يد انسان وانكر
ذو اليد وادعى انه ملكه واقام الخارج البينة انه اشتراها من فلان الغايب او ادعى في دار في يد انسان شفعة
لان ذا اليد اشتراها من فلان وقال ذو اليد الدار داري لم اشترها من احد فاقام المدعي البينة انه اشتراها
من فلان الغايب او ادعى على شخص دينا على انه كفيل عن الغايب بامره فاقر الحاضر بالكفالة وانكر الدين
فاقام المدعي البينة ان له على الغايب الف درهم تقبل بينته في هذه الصور كلها ويثبت الحق على الغايب والحاضر
حتى اذا حضر الغايب لزمه ولا يحتاج الى اعادة البينة والثاني ان يكون ما يدعيه عليهما شيئين مثل ان
يدعي القاذف انه عبد فلان فيجب عليه اربعون فاقام المقذوف البينة ان مولاه الغايب قد اعتقه فيجب
عليه ثمانون سوطا او قال المشهود عليه الشاهدان عبدان فاقام المدعي البينة ان مولاهما اعتقهما وهو يملكهما
فان بينته تقبل ويثبت العتق على الغايب لان الحقين كشي واحد اذ لا ينفك احدهما عن الاخر لان ولاية
الشهادة لا تنفك عن الحر وحد الحر لا ينفك عن الاحرار وكذا لو اقام احد الوليين البينة ان شريكه الغايب
عفا عن القود وقال القاتل نصيبي مال تقبل وان كان احد الحقين ينفك عن الاخر لا يقبل في حق الغايب ويقبل
في حق الحاضر مثل ان يدعي رجل انه وكيل الغايب بنقل امراته وعبده اليه فاقامت المراة او العبد بينة
انه اعتقه او طلقها فانها تقبل في حق قصر اليد عنهما فليس للوكيل ان ينقلهما ولا تقبل في حق وقوع الطلاق

والعتق

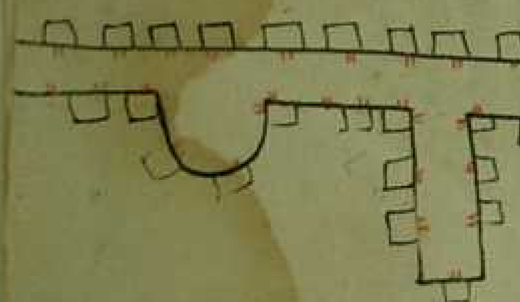
والعتق فلا يقعان وكذا لو اشترى رجل جارية ثم ادعى ان مولاها زوجها من فلان الغايب واراد ردها
بعيب الزواج لا تقبل منه لاحتمال انه طلقها وزال العيب ولو كان ما يدعيه على الغايب شرطا لما يدعيه على
الحاضر ينظر فان كان الغايب يتضرر بالشرط لم تقبل بينته على الحاضر والغايب مثل ان تقول المراة لزوجها
انك علقت طلاقي بطلاق فلان الغايب زوجته ثلاثا واقامت بينة ان فلانا طلق زوجته ثلاثا لم تقبل
بينتها لانه يتضرر بذلك وان كان لا يتضرر تقبل بان قالت علقت طلاقي بدخول فلان الغايب الدار
فاقامت بينة انه دخل الدار تقبل لانه لا ضرر عليه ومن المشايخ من قال في الشرط ايضا تقبل مطلقا
كما في السبب منهم علي البزدوي لان دعوى المدعي كما تتوقف على السبب تتوقف على الشرط ايضا قال رحمه الله
ويقرض القاضي مال اليتيم ويكتب الصك لا الوصي والاب لان القاضي يقدر على تحصيل المال من المستقرض
والوصي والاب لا يقدران على ذلك فيضمنان باقراض مال الصغير وهذا لان الاقراض تبرع الا ترى انه لا يجوز
التاجيل فيه كساير التبرعات فلا يملكانه ولانه باقراضهما يكون على شرف التوى بان يجحد المستقرض على
ممر الزمان وترد شهوده لان كل مستقرض غير مؤتمن ولا كل شاهد مقبول ولا كل قاض عادل بخلاف اقراض
القاضي حيث يكون الاقراض احسن تصرف في حقه لان القاضي كثير الاشتغال فلا يمكنه ان يباشر الحفظ بنفسه
وانما يدفعه الى امينه ودفعه اليه بطريق القرض انظر لليتيم لانه يكون مضمونا عليه والوديعة امانة
ان هلكت تهلك بغير شي ويومن التوى بجحود المستقرض لكونه معلوما عند القاضي ولكونه لا يقرضه
لديانته ومعرفته باحوال الامين امين يومن ولا يخاف منه الجحود وانما يكتبه في الصك ليحفظه لانه لكثرة
اشغاله يخاف ان ينساه قال رحمه الله وفي الاب روايتان اظهرهما انه ليس له ان يقرض والمعنى ما بينا وليس
له ان ياخذ مال ولده الصغير قرضا لنفسه فيما روى الحسن عن ابي حنيفة وقيل له ذلك ثم ينبغي للقاضي
ان يتفقد احوال الذين اقرضهم مال الايتام حتى لو اختل احدهم حاله اخذ منه المال لان القاضي وان كان
قادرا على الاستخلاص لكن انما يقدر من الغني لا من الفقير الا ترى انه ليس له ان يقرض المعسر ابتدا فكذا ليس له
ان يتركه عنده انتهاء

باب التحكيم

لما كان الحكم من انواع الحكام ذكره في كتاب القضا وهو جايز
بالكتاب والسنة واجماع الامة اما الكتاب فقوله تعالى فابعثوا حكما من اهله وحكما من اهلها نزلت في تحكيم
الزوجين واما السنة فما روي انه عليه السلام نزل على حكم سعد بن معاذ في بني قريظة وعليه اجماع الصحابة رضي الله عنهم اجمعين
قال رحمه الله حكما رجلا ليحكم بينهما فحكم ببينة او اقرار او نكول في غير حد وقود ودية على العاقلة صح لو
صلح الحكم قاضيا لانهما تراضيا ولان لهما ولاية على انفسهما فصح تحكيمهما وينفذ حكمه عليهما
لانه بمنزلة الحاكم في حقهما وشرط ان يكون حكمه بالبينة والاقرار والنكول ليكون موافقا لحكم الشرع
وشرط لنفوذ حكمه ان يكون في غير حد وقود ودية على العاقلة لان تحكيمهما بمنزلة الصلح بينهما
وليس لهما ولاية على دمهما ولهذا لا يملكان اباحته وكذا لا ولاية لهما على العاقلة فلا ينفذ حكم من
حكما على عاقلته ولا على القاتل لعدم التزام العاقلة حكمه ولكونه مخالفا لحكم الشرع لان الدية تجب
على العاقلة لا على القاتل ولو ثبت القتل باقراره او ثبتت جراحته ببينة وارشها اقل مما تحمله العاقلة
خطا كانت الجراحة او عمدا او كان قدر ما تحمله ولكن الجراحة كانت عمدا لا توجب القصاص نفذ حكمه عليه
لان العاقلة لا تعقله واجاز في المحيط التحكيم في القصاص لانه من حقوق العباد والاول ذكره الخصاف
وشرط ان يكون صالحا للقضا لانه بمنزلة القاضي فيما بينهما فيشترط فيه ما يشترط في القاضي حتى لو حكما
كافرا او عبدا او محدودا في قذف او صبيا لا يجوز لانه لا يصلح قاضيا لانعدام اهلية الشهادة فكذا حكما
وان حكما فاسقا او امراة جاز كما في القضا لانهما اهل للشهادة وكذا الكافر في حق الكافر لانه اهل الشهادة في حقه
وكذا يجوز تقليده القضا ليحكم بين اهل الذمة قال رحمه الله ولكل واحد من المحكمين ان يرجع قبل حكمه لانه مقلد

من جهتهما فكان لهما عزله قبل ان يحكم بينهما كما ان المقلد من جهة الامام له ان يعزله قبل ان يحكم بين الناس
ولا يقال ان التحكيم ثبت بتراضيهما فوجب ان لا يصح عزله الا باتفاقهما لانا نقول التحكيم من الامور الجايزة
من غير لزوم فيستبد احدهما بنقضه كما في المضاربات والشركات والوكالات **قال رحمه** وان حكم لزمهما لان
حكمه صدر عن ولاية شرعية عليهما كالقاضي اذا حكم لزم ثم بالعزل لا يبطل حكمه فكذا هذا ولان حكمه لا يكون
دون صلح جرى بينهما بتراضيهما وفيه لا يكون لاحدهما ان يرجع عنه بعد تمامه فهذا اولى **قال رحمه**
وامضى القاضي حكمه ان وافق مذهبه والا ابطله يعني اذا رفعا حكمه اليه وتحاكما عنده نفذه ان وافق
مذهبه لانه لا فايدة في نقضه ثم ابرامه ثم فايدة هذا الامضا ان لا يكون لقاض اخر يرى خلافه نقضه
اذا رفع اليه لان امضاه بمنزلة قضائه ابتدا او لو لم يمضه لنقضه **قال رحمه** والا ابطله اى ان لم يوافق
مذهبه ابطله لان حكمه لا يلزمه لعدم التحكيم من جهته بخلاف ما اذا رفع اليه حكم حاكم حيث لا يبطله وان خالف
مذهبه الا ان يخالف الكتاب والسنة والاجماع على ما تقدم لان المولى من جهة الامام له ولاية على الناس
كافة لان مقلده له ولاية على الناس كافة فكان نايبا له فيكون قضاؤه حجة في حق الكل فلا يتمكن احد من نقضه
كحكم الامام نفسه بخلاف الحكم لانه باصطلاح الخصمين فلا يكون له ولاية على غيرهما ولا يلزم القاضي حكمه
بمنزلة اصطلاحهما في المجتهدات حتى كان له نقض اصطلاحهما اذا راى خلاف ذلك فكذا هذا او هذا لانه
اعطى له حكم القاضي في حقهما حتى اشترط فيه شرايط القضا وفي حق غيرهما كواحد من الرعايا وقال ابن ابي ليلى
هو بمنزلة المولى من جهة الامام حتى لا يكون لاحد ان ينقض حكمه ما لم يخالف الدليل الشرعي وجوابهما بينا
ولو اخبر هذا المحكم باقرار الخصمين او بعدالة الشهود وهما على حالهما يقبل قوله لان الولاية قايمة وان اخبر
بالحكم لا يقبل لانقضاء الولاية هكذا ذكرها صاحب الهداية وقال في النهاية يعني لو قال المحكم بينهما لاحدهما قد اقررت
عندي لهذا بكذا او كذا او قامت عندي عليك بينة بكذا وكذا فعدلوا وقد الزمتك ذلك وحكمت عليك
به لهذا وانكر المقضي عليه ان يكون قد اقر عنده بشيء او قامت عليه بينة بشيء نفذ الحكم عليه لان المحكم يملك
انشاء الحكم عليه بذلك فيملك الاقرار كالقاضي المولى اذا قال في حال قضائه لانسان قضيت عليك لهذا بالاقرار منك
او ببينة قامت عندي بذلك فانه يصدق في ذلك ولا يلتفت الى انكار المقضي عليه فكذا هذا وقال في المحيط
حكما رجلا ما دام في مجلسه وقال لم نحكم بيننا وقال الحكم حكمت فالحكم مصدق ما دام في مجلسه لانه حكى ما يملك
استينافه فيملك الاقرار به وجعل اقراره كانشاء الحكم ولا يصدق بعده لانه لا يملك انشاء الحكم ولا يملك الاقرار
به وقال فيه الحكم انما يخرج عن الحكومة باحد اسباب ثلاثة اما بالعزل او بانتهاء الحكومة نهايتها فان كان
موقتا فبمضي الوقت او بخروجه من ان يكون اهلا للشهادة بان عمي او ارتد والعياذ بالله وان لم يلحق بدار الحرب
ولو غاب او اغمي عليه او برى منه او قدم من سفره او حبس كان على حكمه لان هذه الاشيا لا تبطل الشهادة
فلا تبطل الحكومة وكذا لو ولي القضا ثم عزل عنه فهو على حكومته لان العزل لم يوجد من جهة المحكمين وانما
وجد من جهة الوالي وولاية الحكومة مستفادة من جهة المحكمين لا من جهة الوالي وكذا لو حكم بينهما في بلد
اخر جاز لان التحكيم حصل مطلقا فكان له الحكومة في الاماكن كلها ولو حكما رجلين جاز ولا بد من اجتماعهما
حتى لو حكم احدهما دون الاخر لا يجوز لانهما رضيا برايهما لا براى احدهما **قال رحمه** وبطل حكمه لابويه وولده
وزوجته كحكم القاضي بخلاف حكمه عليهم اى يبطل حكم المحكم لهولاء كما يبطل حكم الحاكم لهم بخلاف حكمه عليهم لانه
يتهم بحكمه لهم فيبطل دون حكمه عليهم وهذا كالشهادة حيث لا تجوز لهم وتجوز عليهم لما ذكرنا وتجوز ان يقضي
لابن امراته وامها وكذا لامراة ابنه او لزوج ابنته اذا كان المقضي له بالحياة لان شهادته جايزة فهذا هو
الحرف وان كان ميتا لم يجز لان القضا لهم قضاء لزوجته وولده اذا كانوا يتوارثون وان كانوا لا يتوارثون
جاز لعدم التهمة ويجوز القضا للاخوة والاولاد والاعمام لان شهادته لهم جايزة

مسايل شتى قال رحمه لا يتد ذو سفل فيه ولا ينقب كوة فيه بلا رضى ذي العلو معناه اذا كانت
لرجل سفل ولاخر علو فليس لصاحب السفل ان يتد فيه وتدا ولا ينقب فيه كوة وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا يصنع فيه ما لا يضر بالعلو وعلى هذا الخلاف اذا اراد صاحب العلو ان يبني على العلو بيتا او يضع عليه
جذوعا او يحدث كنيفا قيل ما حكي عنهما تفسير لقول ابي حنيفة على معنى انه لا يمنع الا ما فيه ضرر مثل ما قالا وقيل
فيه خلاف حقيقة وهو ان الاصل عندهما الاباحة لانه تصرف في ملكه وهو مطلق له والحرمة لعارض وهو بالضرر
بالغير فما اشكل يبقى على اصل الاباحة وعنده الاصل هو الحظر لانه تصرف في محل تعلق به حق الغير كالرهن
والعين المستاجرة والاطلاق بعارض وهو عدم الضرر بيقين فما اشكل يبقى على اصل الحظر وهذه الاشياء
من المشكل فظهر فيها ثمرة الخلاف ولا خلاف فيما لا اشكال فيه ولو انهدم السفل من غير صنع صاحبه لا يجبر على
البنا لعدم التعدي ولكن لصاحب العلو ان يبني ان شاء ويبني عليه علوه ثم يرجع بقيمة البنا عليه
ويمنعه من السكنى فيه حتى يدفع اليه قيمته يوم البنا لانه مضطر في ذلك فصار كمعير الرهن اذا قضى الدين
بغير اذن الراهن لا يكون متبرعا بخلاف الدار المشتركة اذا انهدمت فبناها احدهما بغير اذن صاحبه حيث
لا يرجع لانه متبرع اذ هو ليس بمضطر لانه يمكنه ان يقسم عرصتها ويبني نصيبه وصاحب العلو ليس كذلك
حتى لو كانت الدار صغيرة بحيث لا يمكن الانتفاع بنصيبه بعد القسمة كان له ان يرجع وعلى هذا لو انهدم
بعض الدار او بعض الحمام فاصلحه احد الشريكين له ان يرجع لانه مضطر اذ لا يمكن قسمة بعضه ولو انهدم
كله فعلى التفصيل الذي ذكرنا ولو هدم صاحب السفل سفله بنفسه يجبر على اعادته لتعديه لمحل تعلق
به حق الغير كالراهن يعتق العبد المرهون او مولى العبد الجاني يتصرف فيه بعتق او نحوه وذكر الحلواني ان كل
من اجبر ان يفعل مع شريكه فاذا فعل احدهما بغير امر الاخر لا يرجع لانه متطوع اذا كان يمكنه ان يجبره وذلك
مثل كري النهر او اصلاح سفينة متعيبة وفدا العبد الجاني وان لم يجبر لا يكون متطوعا كمسئلة انهدام
العلو والسفل لانه لا يتوصل الى حقه اصلا ولم يمكنه الانتفاع بنصيبه الا بالاصلاح فصار مضطرا وذكر
في النهاية معزيا الى قاضي خان ولو تصرف صاحب السفل في ساحة السفل بان حفر بيرا عند ابي حنيفة له ذلك
وان تضرر به صاحب العلو وعندهما الحكم معلول بعلة الضرر **قال رحمه** زايغة مستطيلة ينشعب عنها



مثلها غير نافذة لا يفتح فيها اهل الاولى بابا بخلاف المستديرة معناه سكة طويلة ينشعب عنها سكة اخرى
طويلة وهي غير نافذة فليس لاهل السكة الاولى ان يفتحوا بابا الى السكة الاخرى لان الباب يقصد للمرور ولا
حق لهم في الدخول فيها لكونها غير نافذة وانما ذلك لاهلها على الخصوص الا ترى انه لو بيعت دار منها
كان حق الشفعة لهم لا لاهل الاولى فلو مكنوا من فتح الباب لم يخرجوا منه اليها اذ لا يمكنهم المنع في كل ساعة
ويخاف ان يسد بابه الاصلي ويكتفي بالباب المفتوح ويجعل داره من تلك السكة فيمنع منه لانها ملكهم
فلا يشاركهم فيها غيرهم ولانه يلحق بهم ضررا بان يضيق عليهم فيمنع بخلاف ما اذا كانت نافذة لان الاستطراق
حق العامة لا حجر من حملتهم وقيل لا يمنعون من فتح الباب لانه رفع جداره وهو له ان ينقض كله فاولى ان
يكون له نقض البعض والصحيح الاول لما ذكرنا ولانه يركب عليه بابا ويدعي حق المرور على طول الزمان
فيستدل بالباب على ان له حق المرور فيحكم له به وقوله بخلاف المستديرة يعني بخلاف ما اذا كانت الزايغة
الثانية مستديرة حيث يكون لكل واحد من اهل الاولى فتح الباب اليها لانها لما كانت مستديرة وهي التي
فيها اعوجاج حتى بلغ عوجها راس السكة صارت كلتاهما سكة واحدة وهي بينهم على الشركة حتى اذا بيع دار
فيها يجب فيها حق الشفعة وهذا اذا كانت السكة غير نافذة ايضا وان كانت نافذة فلجميع المسلمين فيها حق
المرور ثم اعلم ان للانسان ان يتصرف في ملكه ما شاء من التصرفات ما لم يضر بغيره ضررا ظاهرا فيجوز ان يتخذ
في داره حماما لان ذلك لا يضر بالجيران وما فيه من الدخان يمكن التحرز عنه بان يبني بينه وبين جاره حايطا

وعن ابي يوسف الجيران ان تاذوا من دخانه فلهم منعه الا ان يكون دخان الحمام مثل دخانهم ولو اتخذ
داره حظيرة غنم والجيران يتاذون من نتن المرقين ليس لهم في الحكم منعه ولو حفر في داره بيرا فنز منها حايط
جاره لم يكن له منعه وقيل ان كان يعلم ذلك يقينا فله منعه وهو خلاف قول اصحابنا رحمهم الله تعالى ولو اراد
بنا تنور في داره للخبز الدايم كما يكون في الدكاكين او رحا للطحن او مدقات للقصارين لم يجز لان ذلك يضر
بالجيران ضررا ظاهرا فاحشا فلم يمكن التحرز عنه والقياس ان يجوز لانه تصرف في ملكه وترك ذلك استحسانا
لاجل المصلحة ولو سقط حايط بين دارين ولاحدهما عورات فطلب من جاره ان يساعده في البنا قال اصحابنا
لا يجبر وقال الفقيه ابو الليث رحمه الله يجبر في زماننا لانه لا بد من سترة بينهما وقال قاضي خان ان كان الحايط
يحتمل القسمة ويبني كل واحد في نصيبه السترة لا يجبر والا اجبر وقيل ان كان يقع بصره في دار جاره فله منعه
عن الصعود حتى يتخذ سترة وان كان يقع في سطحه فلا يمنعه قال رحمه الله ادعى دارا في يد رجل انه وهبها له في وقت
فسيل البينة فقال جحدنيها فاشتريتها وبرهن على الشرا قبل الوقت الذي يدعي فيه الهبة لا يقبل وبعده تقبل
لوجود التناقض في الوجه الاول لانه يدعي الشرا بعد الهبة وشهوده يشهدون له به قبلها وهذا تناقض
ظاهر لا يمكن التوفيق بينهما وفي الوجه الثاني يمكن اذ الشرا وجد بعد الوقت الذي يدعي فيه الهبة فلا يكون
مناقضا ولو لم يقل جحدني الهبة والمسئلتان بحالهما لا تقبل في الاولى وتقبل في الثانية لما ذكرنا من الامكان
وعدمه ولا فرق في ذلك بين ان يقول جحدني الهبة اولا ولا يقال في الثاني ايضا وجد التناقض لانه يدعي
شرا ملكه لانه اذا ملكه في وقت بالهبة فلا يتصور ان يملكه بالشرا بعد ذلك لانا نقول لما جحد الهبة ووافقه
بالترك انفسخت الهبة اذ جميع العقود تنفسخ بالجحود اذا وافقه صاحبه بالترك غير النكاح فانه لا يقبل الفسخ
فلا يكون مناقضا ولو لم يذكر لهما تاريخا او ذكر لاحدهما ينبغي ان تقبل بينته لان التوفيق ممكن بان يجعل الشرا
متاخرا ومثله لو ادعى دارا في يد رجل انه له اشتراها من ابيه في حياته وصحته وصاحب اليد ينكر فيجيء عن
اقامة البينة وحلف ذو اليد فاقام المدعي بينة انه ورثها من ابيه تقبل لامكان التوفيق على ما بينا ولو
ادعى الارث من ابيه اولا ثم ادعى الشرا منه لا تقبل لعدم امكان التوفيق وبهذا تبين ان التناقض انما يمنع
صحة الدعوى اذا لم يمكن التوفيق وقيل لا بد من دعوى التوفيق من المدعي والا فلا توفيق وقيل التوفيق من غير
دعواه قياس وعدم التوفيق بدون دعواه استحسان قال رحمه الله ومن قال لاخر اشتريت مني هذه الامة فانكر فللبايع
ان يطاها ان ترك الخصومة لان المشتري لما جحد الشرا كان ذلك فسخا منه اذ الجحود كناية عن الفسخ لان الفسخ رفع
العقد من الاصل والجحود انكار للعقد من الاصل فكان بينهما مناسبة فجازت الاستعارة فكان فسخا من جهته
فاذا ساعده البايع بترك الخصومة تم الفسخ فحل له وطيها وله ان يردها على بايعها بالعيب ان وجد بها
عيبا قد يما بعد ذلك لتمام الفسخ بالتراضي حتى اذا اقام المشتري بعد ذلك بينة انه اشتراها منه لا تقبل
بينته وفي النهاية اذا عزم على ترك الخصومة قبل تحليف المشتري ليس له ان يردها على بايعها لانه غير
مضطر في فسخ البيع الثاني لاحتمال ان ينكل عند التحليف فاعتبر بيعا جديدا في حق ثالث والاشبه ان يكون
هذا التفصيل بعد القبض واما قبل القبض فينبغي ان يرد عليه مطلقا لانه فسخ من كل وجه في غير العقار فلا يمكن حمله
على البيع لان المبيع لا يجوز بيعه قبل القبض وقد بيناه من قبل فان قيل الحكم لا يثبت بمجرد العزم فكيف يكون فسخا
قلنا الفسخ لا يثبت بمجرد العزم وانما يثبت بالعزم واليمين او بالعزم والفعل وهو التصرف في الجارية بالنقل من موضع
الخصومة الى بيته او بالاستخدام او امساكها بيته لان التصرف فيها لا يحل الا بالفسخ فكان فسخا دلالة اذ الفعل قد يوجد
دلالة كمن قال لغيره اجرتك هذه الدابة يوما لتركبها فاخذها واستعملها كان ذلك قبولا منه دلالة لان الاخذ
والاستعمال لا يحل بدون القبول قال رحمه الله ومن اقر بقبض عشرة ثم ادعى انها زيوف صدق معناه اذا قال قبضت
منه عشرة دراهم ثم ادعى انها زيوف صدق سواء قال ذلك موصولا او مفصولا وكذا اذا ادعى انها نبهرجة

صح بلغ

ولو ادعى انها ستوقة لا يصدق لان اسم الدراهم يقع على الجياد والزيوف والنبهرجة دون الستوقة ولهذا
لو تجوز بالزيوف والنبهرجة جاز حتى في الصرف والسلم دون الستوقة والقبض لا يختص بالجياد فيصدق في
انكاره قبض حقه مع يمينه بخلاف ما اذا اقر انه قبض الجياد او حقه او الثمن او استوفى حيث لا يصدق في دعوى
الزيوف لانه مناقض لان الزيوف ضد الجياد وحقه في الجياد فكان الاقرار بقبض حقه مطلقا اقرارا منه بقبض
الجياد والاستيفاء عبارة عن قبض الحق بوصف التمام فكان عبارة عن قبض حقه ايضا بخلاف ما اذا قبض المشتري
المبيع ثم ادعى العيب حيث يكون القول قول البايع لان المبيع متعين في البيع فاذا قبضه فقد اقر بانه استوفى
قبض عين حقه دلالة ثم بدعواه العيب بعد ذلك صار مناقضا فلا يقبل كلامه بخلاف ما نحن فيه فان الدراهم
لا تتعين وحقه ثابت في الذمة ولم يقر بقبض حقه وانما اقر بقبض الدراهم وهي متنوعة فقبل الاقرار بقبضها
لم يكن مقرا بقبض حقه ثم في قوله قبضت دراهم جيادا لا يصدق في دعواه الزيوف مطلقا سواء كان موصولا او مفصولا
وفيما اذا اقر انه قبض الثمن او حقه او استوفى ثم ادعى انه كان زيوفا ينظر فان قال مفصولا لا يصدق لان
قوله جياد مفسر فلا يحتمل التاويل بخلاف غيره لانه ظاهر او نص فيحتمل التاويل وهو المراد بما ذكرناه وان كان
موصولا صدق وقال في الكفاية لو اقر بقبض حقه ثم قال انها ستوقة او رصاص يصدق موصولا لا مفصولا
قال ذكره شيخ الاسلام ثم الزيوف ما زيفه بيت المال والنبهرجة ما يرده التجار والستوقة ما يغلب عليه الغش
وقيل الزيوف هي المغشوشة والنبهرجة هي التي تضرب في غير دار السلطان والستوقة صفر مموه وعن الكرخي
الستوق عندهم ما كان عليه الصفر والنحاس هو الغالب قال رحمه الله ومن قال لاخر لك علي الف درهم فرده ثم صدقه
فلا شيء عليه يعني اذا اقر لغيره بالف فرده المقر له بان قال ما كان لك علي شيء او قال بل هو لك او لفلان
ثم صدقه فقال بل كان لي عليك في مكانه او بعده فلا شيء على المقر لان الاقرار هو الاول وقد ارتد برد المقر له
والثاني دعوى فلا بد من الحجة او تصديق الخصم بخلاف ما اذا قال اشتريت وانكر حيث يكون له ان يصدقه
لان احد المتعاقدين لا ينفرد بالفسخ كما لا ينفرد بالعقد لان العقد حقهما فبقي على حاله فعمل فيه التصديق اما
المقر له فينفرد برد الاقرار فافترقا وبخلاف ما اذا اقر بنسب عبده لغيره فكذبه المقر له حيث لا يرتد بذلك عند ابي حنيفة
حتى اذا ادعاه المقر بنفسه لا يصح لان الاقرار بالنسب اقرار على الاخر لا يحتمل الابطال فلا يرتد بالرد ولو قبل الاقرار او الابرا
عن الدين او هبة له ثم رده لا يرتد لانه بالقبول قد تقرر وكذا لو قال لعبده وهبت لك رقبتك فرده لا يرتد
بالرد لان هبة العبد من نفسه اعتاق وهو لا يرتد بالرد ولو اقر بشيء لانسان كالدين وغيره فصدقه ثم رجع
المقر عن اقراره لا يقبل ولو اراد تحليف المقر له لا يحلف عند ابي حنيفة ومحمد لان اقراره حجة عليه كالشهادة ولان
دعواه مناقضة فتفسدت فصار نظير ما لو قال ليس لي على فلان شيء ثم ادعى ان له عليه دينا واراد تحليفه لا
يحلف وعند ابي يوسف اذا ادعى انه اقر كاذبا واراد تحليف المقر له يحلف لجريان العادة بالاشهاد على هذه الاشيا
قبل تحققها تحرزا عن امتناع الاخر عن التسليم قال رحمه الله ومن ادعى على اخر مالا فقال ما كان لك علي شيء قط فبرهن
المدعي على الف وهو برهن على القضاء او الابرا قبل اي ادعى رجل على رجل الف درهم فقال المدعى عليه ما كان لك
علي شيء قط فاقام المدعي البينة ان له عليه الف درهم واقام المدعى عليه البينة انه قضاه او ابراه المدعي
تقبل بينة المدعى عليه وقال زفر لا تقبل لان القضاء والابرا لا يكون الا بعد الوجوب وقد انكره فيكون مناقضا
ولنا ان التوفيق ممكن لان غير الحق قد يقضى ويبرا منه الا ترى انه يقال قضى بباطل وقد يصالح على شيء
فيثبت ظاهرا ثم يقضى الا ترى انه لو ادعى القصاص على شخص فانكر فاقام المدعي البينة واقام المدعى عليه
البينة على العفو او الصلح على مال تقبل بينته فكذا الوجوب مثل ذلك في دعوى الرق تقبل فكذا هذا كما لو
قال ليس لك علي شيء لان التوفيق فيه اظهر لانه للحال قال رحمه الله ولو زاد ولا اعرفك لا اي لو زاد هذه الكلمة
على ما ذكر بان قال ما لك علي شيء قط ولا اعرفك لا تقبل بينة المدعى عليه على القضاء والابرا لتعذر التوفيق

بين قوليه لانه لا يكون بين اثنين معاملة من دفع واخذ وقضا واقتضاء بلا معرفة احدهما صاحبه وذكر
القدوري انه يقبل ايضا لان المحتجب من الرجال والمخدرة قد يؤذى بالشغب على بابه فيامر بعض وكلائه
بارضائه بالدفع اليه ولا يعرفه فامكن التوفيق بهذا الطريق وقال في النهاية فعلى هذا قالوا لو كان المدعى عليه
ممن يتولى الاعمال بنفسه لا تقبل بينته وفي الكافي قيل تقبل البينة على الابرا في هذا الفصل باتفاق الروايات
وقالوا ولو ادعى قال لم ادفع ثم قال دفعت اليه لا يقبل قوله للتناقض الا اذا ادعى اقرار المدعى بذلك فتقبل بينته
لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار قال رحمه الله ومن ادعى على اخر انه باعه امته فقال لم ابعها منك قط فبرهن
على الشرا فوجد بها عيبا فبرهن البايع انه برى اليه من كل عيب بها لم تقبل اى وجد المشترى بها عيبا وردها
عليه فاقام البايع البينة انه ابراه من كل عيب بها لا تقبل بينة البايع وعن ابي يوسف انها تقبل لان التوفيق
ممكن بان لم يبعها هو وانما باعها منه وكيله وابراه عن العيب فيكون صادقا بذلك ونظيره ما ذكره ابو يوسف
انه لو ادعى الشراء من شخص وهو ينكر فاقام المدعى البينة على الشراء منه واقام المنكر البينة انه قد رد المبيع
عليه تقبل بينته لما ذكرنا من التاويل او يقول اخذه منى ببينة كاذبة ثم استقلته منه فاقالني ووجه الظاهر
ان اشتراط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة الى غيره فيقتضى وجود العقد اذ الصفة بدون
الموصوف لا تتصور وقد انكره فيكون مناقضا بخلاف ما تقدم من مسئلة الدين لان الباطل قد يقضى على ما تقدم
قال رحمه الله ويبطل الصك بان شا الله اى يبطل صك الشراء والاقرار اذا كتب في اخره ان شا الله حتى يبطل الشراء
والاقرار بذلك ولا يلزمه شي لان الاستثناء مبطل على ما عرف في موضعه ولو كتب في اخر الصك فمن قام بهذا
الحق فهو وكيل ان شاء الله تعالى او كتب فما ادرك فلانا من درك فعلى فلان خلاصه بطل الصك كله عند ابي حنيفة
حتى يبطل الاقرار والشراء وقالا ينصرف الى ما يليه وهو الاخير فيبطل به ضمان الدرك والتوكيل ويبقى الدين على
حاله لان الاصل في الجمل الاستقلال والصك يكتب للاستيثاق فلو انصرف الى الكل كان مبطلا له فيكون ضد
ما قصدوه فينصرف الى ما يليه ضرورة الا ترى انه لو كتب كتابا الى بعض اخوانه او وكلائه وقال في اخره
يفعل كذا وكذا ان شاء الله ينصرف الاستثناء الى ما يليه حتى لا يبطل الكتاب كله فكذا هذا وله ان الكل كشي واحد
بحكم العطف فينصرف الى الكل كما في الكلمات المعطوفة بعضها على بعض مثل قوله عبده حر وامراته طالق وعليه
المشي الى بيت الله تعالى ان شاء الله تعالى وما ذكراه من العادة انما جرى بان يترك وجه او يكتب بخط على حدة فلو
فعل هنا ذلك انصرف الى ما يليه ولا يبطل الشراء ولا الاقرار لان الفرجة كالسكوت حالة النطق ولان الاستثنا
انما يكتب في كتب الرسالة للتبرك عادة لا للابطال ولهذا لا يبطل فيه ما يليه ايضا وفي الصك يبطل بالاجماع
ثم انما ذكر ذلك في الكتاب لان العادة جرت بينهم ان يكتب في اسفل الصك من قام بهذا الحق فهو ولي ما فيه
اى وكيل بالخصومة باثبات ما فيه من الحق وفايدة هذه الكتابة ان يثبت به رضا الخصم بالتوكيل لان التوكيل
بالخصومة لا يجوز الا برضا الخصم عند ابي حنيفة رحمه الله وهذا لان توكيل المجهول وان كان لا يجوز لكن سقط به
حقه لان المنع لحق الخصم فاذا رضي فقد اسقط حقه والاسقاط يجوز وان كان مجهولا اذ لا يؤدى الى النزاع
ثم لو كان من شاء وقيل لا يفيد على قوله ايضا وانما يفيد على قول ابن ابي ليلى فان عند ابي حنيفة لما لم يجز توكيل
المجهول لا يفيد الرضا به وعند ابن ابي ليلى يجوز فيفيد قال رحمه الله وان مات ذمي فقالت زوجته اسلمت بعد
موته وقالت الورثة اسلمت قبل موته فالقول لهم وقال زفر القول لها لان الاسلام حادث والاصل في
الحوادث ان تضاف الى اقرب اوقاته والاقرب اوقاته ما بعد الموت فيضاف اليه قلنا سبب الحرمان ثابت
في الحال فيثبت فيما مضى تحكيما للحال كما في جريان ماء الطاحونة وهذا الظاهر تعتبره للدفع وما ذكره هو
يعتبره للاستحقاق والظاهر لا يصلح للاستحقاق ويصلح للدفع ولو مات مسلم وتحته نصرانية فجاءت مسلمة
بعد موته فقالت اسلمت قبل موته وقالت الورثة اسلمت بعده فالقول للورثة ايضا ولا يحكم الحال

عن اصحابنا في هذه المسئلة ان بينته على القضا تقبل ايضا وقيل لا تقبل البينة على الابراء في هذا الفصل باتفاق الروايات مسكين

لان الظاهر لا يصلح للاستحقاق ومقصودها ذلك واما الورثة فهم الدافعون ويشهد لهم ظاهر الحدوث
ايضا فحاصله ان الظاهر لا يصلح للاستحقاق وهى تدعى به الاستحقاق في المسئلتين ولا يرد علينا مسايل
ذكرت على سبيل النقض منها اذا كان في يد رجل عبد فقال رجل فقات عينه وهو في ملك البايع وقال المشترى
فقاته وهو في ملكي كان القول للمشترى فياخذ ارشه منه فاستحق بهذا الظاهر لانا نقول لا يجوز ان يكون
العبد لرجل وارشه لغيره فلهذا استحقه هو لا بمجرد الظهور ومنها اذا اختلف الموجر والمستاجر في جريان
ماء الطاحونة وحكم الحال فكان جاريا في الحال يستحق الاجرة بهذا الظاهر لانا نقول انما لا يستحق بالظاهر
اذا لم يكن سبب الاستحقاق موجودا في الحال واما اذا كان السبب موجودا بيقين فيستحق به فههنا سبب الاستحقاق
وهو عقد الاجارة موجود في الحال وكذا في المسئلة الاولى السبب وهو ملك الرقبة موجود في الحال بخلاف الزوجة
في مسئلة الميراث فانها ليست بموجودة في الحال ومنها ان المراة اذا ادعت ان زوجها ابانها في المرض وصار فارا
فترث وقالت الورثة ابانها في الصحة فلا ترث كان القول قولها فترث بان الظاهر يضاف الى اقرب الاوقات
لانا نقول انما ترث لانها تنكر المانع وهو الطلاق في الصحة والاصل عدمه قال رحمه الله وان قال المودع هذا ابن
مودعي لا وارث له غيره دفع المال اليه يعنى اذا مات رجل وله مال عند رجل وديعة فقال المستودع هذا ابن
الميت لا وارث له غيره فانه يجب عليه دفع المال اليه لانه اقر بان ما في يده ملك الوارث خلافة عن الميت فصار
كما اذا اقر انه ملك المورث وهو حي اصالة بخلاف ما اذا اقر لرجل انه وكيل المودع بالقبض او انه اشتراه منه
حيث لا يومر بالدفع اليه لان فيه ابطال حق المودع في العين بازالة يده عنه لان يد المودع كيد المالك فلا يقبل
اقراره عليه وكذلك بعد موته بخلاف المديون اذا اقر انه وكيل الطالب بقبض دينه حيث يومر بالدفع اليه
لانه اقرار على نفسه لان الديون تقضى بامثالها فيومر بالدفع اليه ولو دفع الى الوكيل في الوديعة قال
علماء الدين ليس له ان يسترد من الوكيل لانه ساع في نقض ما اوجبه وكان ينبغى ان يسترد لان اقراره ليس بحجة
في حق المودع والحفظ واجب عليه فيكون بالدفع متعديا ولهذا يضمن اذا جاء المودع وانكر التوكيل
ولو لم يسلم الى الوكيل حتى ضاعت عنده قال في النهاية قيل لا يضمن وكان ينبغى ان يضمن لانه في زعمه وكيل
والمنع من وكيله كالمنع منه واختلف في اللقطة اذا اقر الملتقط انها لفلان قيل يومر بالدفع ولو ادعى انه
وصي الميت فصدقه مودع الميت او غاصبه او وصيه لا يومر بالدفع اليه قال رحمه الله وان قال لاخر هذا ابنه
ايضا وكذبه الاول قضى للاول يعنى قال مودع الميت لرجل اخر بعد ما اقر للاول هذا ايضا ابنه وكذبه الابن
الاول قضى بالمال للابن الاول لان اقراره قد صح وانقطع يده عن المال فيكون هذا اقرارا على الغير فلا يصح كما اذا
كان الاول ابنا معروفا بخلاف اقراره للاول حيث قبل لعدم من يكذبه فان قيل ينبغى ان يضمن المودع هنا للمقر
له الثاني كما قلنا في مودع القاضي المعزول اذا ابتدا بالاقرار بما في يده لانسان ثم اقر بان القاضي المعزول سلمه
اليه فانه يضمن للقاضي على ما مر من قبل قلنا هنا ايضا يضمن نصيبه اذا دفع الى المقر له الاول بغير قضا القاضي
ذكره في النهاية قال رحمه الله ميراث قسم بين الغرما لا يكفل منهم ولا من وارث وهذا شي احتاط به بعض القضاة
وهو ظلم وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ياخذ الكفيل منهم والخلاف فيما اذا ثبت الدين والارث بالشهادة
ولم يقل الشهود لا نعلم له وارثا غيرهم واما اذا ثبت بالاقرار ياخذ كفيلا بالاتفاق وان قالوا لا نعلم له وارثا
غيرهم لا يوخذ منهم كفيل بالاتفاق وتفصيل ما يقسم من التركة بقول لهم وما لا يقسم وما يحتاج فيه الى اقامة
البينة على عدد الورثة وما لا يحتاج فيه وما فيه من الخلاف وما لا خلاف فيه من ذلك يذكر في كتاب
القسمة ان شاء الله تعالى لهما ان القاضي ناظر للغيب ويحتمل ان يكون له وارث او غريم غايب بل هو الظاهر
لان الموت يأتي بغتة فيحتاط بالكفالة كما اذا دفع اللقطة او الابق الى صاحبه او اعطى امراة الغايب النفقة
من مال زوجها ولابي حنيفة رحمه الله ان حق الحاضر ثابت قطعا او ظاهرا فلا يوخر لاجل الموهوم الى ان يعطى الكفيل

كما اذا اثبت الشراء ممن هو في يده او اثبت الدين على العبد حتى بيع في دينه وهذا لان القاضي مامور بما
ظهر عنده لا يطلب مالم يظهر فلا يجوز تاخيره ارايت انه لو لم يجد كفيلا لكان يمنع حقه ولان المكفول
له مجهول فصار كما اذا كفل لاحد الغرما بخلاف النفقة لان حق الزوج ثابت وهو معلوم وفي الابق واللقطة
على الخلاف في الاصح ان كان الدفع اليه باقامة البينة لانه لما اثبت بينته حرم تاخير حقه ولا كذلك الدفع
بذكر العلامة لان الدفع اليه في هذه الحالة غير واجب فلهذا جاز منعه فكذا تاخيره لعدم الاستحقاق بخلاف
الاثبات بالبينة لان الدفع مستحق فيه ولا يقال ان القاضي يتلوم في هذه الصورة ولا يدفع اليه حتى يغلب على ظنه
انه لا وارث له غيرهم بالاتفاق ولو كان التاخير ظلما لما فعل ذلك لانا نقول لا يجوز للقاضي منع حق المستحق الى
معنى اخر بعد ظهوره يقينا نظرا لاجل موهوم غير ثابت الا ترى ان الوهم موجود وان قال الشهود لا نعلم له وارثا
اخر ولو كان لاجل الوهم تكفيل لوجب التكفيل فيه بخلاف التلوم فانه في التلوم يحتاط لنفسه بطلب علم زايد
بانتفاء الشريك المستحق معه بقدر الامكان ومثله جايز الا ترى ان القاضي يطلب من الشهود ان يقولوا لا وارث
له غيره وهو ليس بشهادة لان الشهادة على النفي لا تجوز ولكنه يزداد به طمانينة القلب فكذا التلوم وقدر
مدته مفوض الى راي القاضي وقدره الطحاوي بالحول وقوله وهو ظلم اي ميل عن سواء السبيل وفيه دليل
على ان المجتهد يخطي ويصيب وعلى ان ابا حنيفة بري عن الاعتزال كما ظنه البعض بسبب ما نقل عنه انه قال
ليوسف بن خالد السمتي كل مجتهد مصيب والحق عند الله واحد قلنا معناه كل مجتهد مصيب بالاجتهاد اذ هو
المامور به وهو حجة في حق عمله حتى يحكم بصحته ولا يجوز له العدول عنه وان اخطا الحق الذي هو عند الله
فيكون كانه اصاب الحق قال رحمه الله ولو ادعى دارا ارثا لنفسه ولاخ له غايب وبرهن عليه اخذ نصف المدعى فقط
يعني اخذ النصف الذي هو نصيب الحاضر وترك نصيب الغايب في يد ذي اليد ولا يستوثق من ذي اليد بكفيل
وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ان كان الذي في يده جاحدا اخذ منه وجعل في يد امين وان لم يجحد ترك في يده
لان الجاحد خاين فلا يترك في يده اذ لا يؤمن من الجحود ثانيا والقاضي نصب ناظرا للغيب وليس في تركه في يده
من النظر شي لان البينة لا توجد في كل مرة ولا كل قاض يعدل فيتعين الاخذ منه ووضعها في يد عدل ولانه يخاف
ان يتصرف فيه لان من يدعي ان الشي له وهو في يده لا يمتنع من التصرف فيه عدلا كان او غير عدل بخلاف ما اذا كان
مقرا لان النظر في تركه في يد متعين ولابي حنيفة ان الحاضر ليس بخصم عن الغايب في استيفاء نصيبه وليس للقاضي
ان يتعرض لودايع الناس ولا لغيرها حتى ياخذها من ايدي من هي عنده قضا نظيرها لو عرف القاضي ملكا لانسان
في يد غيره فانه لا ياخذه منه ولا يتعرض له ما لم يحضر خصمه فكذا هذا وهذا لان القضا وقع للميت مقصودا
ولهذا اقتضى على ذي اليد بكل الدار بحضور البعض من الورثة وتقضى بها ديونه وتنفذ فيه وصاياه وصاحب
اليد مختار الميت او يحتمل ذلك فلا تنقض يده كما اذا كان مقرا وجحوده قد ارتفع بقضا القاضي فالظاهر انه لا يخص
به ولا يمكنه الجحود بعد ذلك لكون الحادثة معلومة له وللقاضي ومسجلة في خريطة القاضي ولا يقال يحتمل
ان يموت القاضي فيعود الى الانكار لانا نقول موت القاضي والشهود الذين عاينوا القضا او الذين شهدوا
باصل الحق او نسيانهم من النوادر ما يكون فلا يعتبر وان كانت الدعوى في المنقول فقد قيل لا يترك النصف
الذي هو للغايب بالاتفاق بل ينزع منه ويدفع الى عدل يحفظه لحاجته الى الحفظ بخلاف العقار لانه محصن
بنفسه ولهذا يملك الوصي بيع المنقول على الكبير الغايب لان له ولاية الحفظ عليه كما للاب ذلك وكذا يملكه
وصي الام والاخ والعم على الصغير فيما ورثه منهم لانهم يملكون حفظه على الصغير دون التصرف فيه ووصيهم
قايم مقامهم فيملك ما يملكونه وقيل المنقول ايضا على الخلاف وقول ابي حنيفة فيه اظهر يعني انه مصون عليه
ولو اخذ ودفع الى امين القاضي كان امانة فكان الترك ابعد من التوى وانما لا يوجد الكفيل منه لان فيها
انشا خصومة والقاضي نصب لقطعها لا لانشايها واذا حضر الغايب لا يحتاج الى اعادة البينة ولا القضا

وانما قال كذلك لان ما هو صريح مذهب
ابي يوسف ومحمد نعوذ بالله ان ينسبا
الى القول ومن هذا علم ان مذهب علمائنا
الثلاثة واكثر تابعيهم ان المجتهد
يخطي ويصيب لا كما زعمت المعتزلة
ان كل مجتهد مصيب فهذا بين بطلان
ادعائهم انهم يقولون ان ابا حنيفة كان منا
على بطلان ذلك مستخلص

لان احد الورثة ينتصب خصما عن الميت فيثبت الملك للميت ثم يكون لهم بطريق الميراث منه وكذا يقوم الواحد
مقامه فيما عليه دينا كان او عينا فيقوم مقام ساير الورثة في ذلك بخلاف نفس الاستيفا فانه عامل فيه لنفسه
لا عن الميت فلا يصلح لهم نايبا ايضا لعدم التوكيل منهم ولعدم قيامه فيه مقام الميت بخلاف الاثبات فانه نايب
عن الميت فيما له وعليه فيكون نايبا لهم ايضا في ضمنه وذكر في الجامع الكبير انما يكون قضاوه على جميع الورثة اذا
كان المدعى في يد الوارث الحاضر ولو كان البعض في يده ينفذ بقدره لان دعوى العين لا تتوجه الا على ذي
اليد فلا يكون خصما عنهم الا في قدر ما في يده بخلاف ما اذا كان المدعى على الميت دينا حيث ينتصب فيه بعض الورثة
خصما عن الكل مطلقا قال رحمه الله ومن قال مالي او ما املك في المساكين صدقة فهو على مال الزكاة ولو اوصى بثلث ماله
فهو على كل شي والقياس ان يكون كالوصية فيلزمه التصدق بالكل وبه قال زفر رحمه الله لان اسم المال يتناول
الكل قال الله تعالى ولا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل وجه الاستحسان ان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى ومطلق المال
في باب الصدقات بايجاب الله تعالى ينصرف الى البعض كما في قوله تعالى وفي اموالهم حق معلوم وقوله تعالى خذ من اموالهم
صدقة تطهرهم فكذا ما يوجبه العبد على نفسه بخلاف الوصية لانها اخت الميراث والارث يجري في جميع الاموال فكذا هي
ولان العادة ان الانسان يلتزم الصدقة من فضول ماله وهو مال الزكاة حال حياته وجميع المال حال وفاته ويدخل
فيه جنس ما يجب فيه الزكاة وهي السوايم والنقدان وعروض التجارة سوا بلغت نصابا او لم تبلغ قدر النصاب وسوا
كان عليه دين مستغرق او لم يكن عليه دين لان المعتبر جنس ما يجب فيه الزكاة لا قدرها ولا شرايطها ولا تدخل فيه الاراضي
العشرية عند ابي يوسف رحمه الله لانها سبب الصدقة الا ترى ان مصرفه مصارف الزكاة فكانت جهة الصدقة فيها راجحة
وعند محمد رحمه الله لا تدخل لانها سبب المونة ولهذا يجب في ارض الصبي والمكاتب وفي اراضي لا مالك لها كالاوقاف
فكانت جهة المونة راجحة عنده وذكر في النهاية قول ابي حنيفة مع قول محمد قال ذكره التمرتاشي معه ولا تدخل
الارض الخراجية لانها تمحضت مونة ولا يدخل الرقيق للخدمة ولا العقار واثاث المنازل وثياب البذلة وسلاح
الاستعمال ونحو ذلك مما ليس من اموال الزكاة لما ذكرنا ومن مشايخنا من قال في قوله ما املك او جميع ما املك في
المساكين صدقة يجب عليه ان يتصدق بجميع ما يملك قياسا واستحسانا لانها القياس والاستحسان في قوله مالي
صدقة او جميع مالي صدقة لان الملك اعم من المال الا ترى ان الملك يطلق على المال وعلى غيره يقال ملك النكاح
وملك القصاص وملك المتعة والمال لا يطلق على ما ليس بمال فاذا كان لفظ الملك اعم يتناول جميع ما يتصدق
به كما لو نص عليه بان قال كل مال املكه مما يتصدق به فهو صدقة والصحيح هو الاول لانهما يستعملان استعمالا
واحدا فيكون النص الوارد في احدهما واردا في الاخر فيكون فيه القياس والاستحسان كما في المال ولان الانسان
عادة يلتزم التصدق بالفاضل على الحاجة فينصرف فيهما الى جنس ما يجب فيه الزكاة ثم اذا لم يكن له مال سوى
ما دخل تحت الايجاب يمسك من ذلك قدر قوته فاذا اصاب شيا بعد ذلك تصدق بمثل ما امسك لان حاجته
مقدمة ولو لم يمسك قدر حاجته لتكفف الناس من ساعته وليس من الحكمة ان يتصدق بما عنده ثم يتكفف
من ساعته ولم يبين في المبسوط قدر ما يمسك لان ذلك يختلف باختلاف العيال وباختلاف ما يجد له
من التحصيل فبعض اهل الحرف يحصل لهم كل يوم وبعضهم كل ثلاثة ايام وبعضهم اكثر وبعضهم اقل وكذا اهل التجارة
واهل الزرع يتجدد لهم في كل سنة واهل الغلة في كل شهر عادة وهم الذين لهم دور وحوانيت وخانات يوجرونها
فيمسك اهل كل صنعة ما يكفيه الى ان يتجدد له حاصله قال رحمه الله من اوصى اليه ولم يعلم بالوصية فهو وصي
بخلاف الوكيل حتى لو باع الوصي شيا من التركة قبل العلم بالوصية جاز البيع ولو باع الوكيل مال الموكل قبل العلم
بالوكالة ثم علم لم يجز وعن ابي يوسف انه لا يجوز في الوصية ايضا حتى يعلم لان كل واحد منهما انابة الا ان احدهما
في حالة الحياة والاخر بعد الممات وجه الاول ان الوصية خلافة لانه يتصرف بعد انقطاع ولاية الموصي فلا
يتوقف على العلم كتصرف الوارث وكثبوت الملك له والولاية الا ترى ان الصغير لو مات وباع الجد ماله من غير علم

وصورة الاخبار بالجناية ان السيد اذا اخبر بجناية عبده فباعه او اعتقه لا يصير مختارا للفدا عنده حتى يشهد بذلك عدل او مستوران وعندهما يصير مختارا للفدا ان باعه بعد
اخبار واحد وصورة الشفعة اذا اخبر الشفيع ببيع الدار فسكت لا تبطل شفعته حتى يخبره بذلك عدل او مستوران خلافا لهما وصورة البكر اذا اخبرها بالنكاح واحد غير عدل
فسكتت لا يثبت رضاها بالنكاح عنده خلافا لهما وصورة المسلم الذي لم يهاجر هو ان يسلم رجل في دار الحرب فاخبره واحد غير عدل بشرايع الاسلام وهو الصوم والصلاة
وغيرهما لا تفترض عليه هذه الا شياء عنده خلافا لهما مستخلص

بموته جاز فكذا هذا اما الوكالة فاثبات ولاية التصرف في ماله وليس باستخلاف لبقاء ولاية الموكل فلا تصح بلا
علم من تثبت له الولاية كاثبات الولاية باثبات الملك بالبيع ولان الموكل قادر فيتصرف بنفسه فلا يفوته النظر فلا
حاجة الى اثباته بدون العلم بخلاف الميت والاذن بالتجارة للعبد والصغير بمنزلة الوكالة حتى لا يثبت الا بعد العلم
ولا يجوز تصرف الماذون له قبله لان الاذن ماخوذ من الاذان وهو الاعلام فلا يتصور بدون العلم قال رحمه الله ومن اعلم
بالوكالة صح تصرفه اي اذا وكل رجلا وهو لا يعلم فاعلمه واحد من الناس كان وكيلا وجاز تصرفه سواء اخبره بذلك
عدل او غير عدل صغير او كبير لانه من المعاملات وليس فيه الزام وانما فيه الاطلاق فلا يشترط فيه العدالة
كسائر المعاملات وكذا لا يشترط فيه الحرية ولا الاسلام وحاصله انه من المعاملات ولا يشترط فيه الا
التمييز قال رحمه الله ولا يثبت عزله الا بعدل او مستورين كالاخبار للسيد بجناية عبده والشفيع والبكر والمسلم الذي
لم يهاجر يعني لا يثبت عزله عن الوكالة الا بخبر عدل واحد او اثنين غير عدل الى اخره وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا رحمهما الله لا يشترط في الخبر بهذه الاشياء الا التمييز لانها من المعاملات فصار كالاخبار بالتوكيل على ما بينا
ولابي حنيفة رحمه الله ان في هذه الاشياء الزاما من وجه فيشترط فيه احد شطري الشهادة اما العدد او العدالة
بيان الالزام ان الوكيل تلزمه العهدة على تقدير ان يتصرف ولا يلزمه شيء على تقدير علم التصرف وكذا
الشفيع يلزمه سقوط الشفعة على تقدير سكوته وعلى تقدير الطلب لا يلزمه شيء وكذا البكر على تقدير السكوت
يلزمها النكاح وعلى تقدير الرد لا يلزمها وكذا السيد على تقدير التصرف فيه بالعتق وغيره يلزمه الارش وعلى
تقدير عدم التصرف لا يلزمه ففي كل موضع يلزمه من كل وجه يشترط فيه العدد والعدالة كما في المنازعات
عند الحكام وفيما لا يلزمه من كل وجه لا يشترط فيه العدد ولا العدالة فاذا كان فيه الزام من وجه دون وجه
يشترط فيه احدهما وقد بيناه في النكاح واما المسلم الذي اسلم في دار الحرب ولم يهاجر الينا فالاصح انه يقبل
فيه خبر الفاسق حتى تجب عليه الاحكام بخبره لان المخبر به رسول الله صلى الله عليه وسلم لقوله عليه السلام الا فليبلغ الحاضر
وفي الرسول لا يشترط العدالة كالبكر اذا اخبرها رسول الولي بالتزويج وهذا الخلاف فيما اذا عزله الموكل وبلغه
واما اذا لم يبلغه فهو على وكالته حتى يبلغه بالاجماع لان نهي العبد معتبر بنواهي الشرع فكما لا يثبت النهي في الشرع
بعد الاطلاق قبل البلوغ الى المكلف حتى لا يحرم عليه قبله فكذا نهي العبد وهذا في العزل القصدي واما اذا كان حكميا
فينفذ وينعزل قبل العلم به وذلك مثل موت الموكل وجنونه مطبقا قال رحمه الله ولو باع القاضي او امينه عبد الغرماء
واخذ المال فضاع واستحق العبد لم يضمن اي ضاع ثمن العبد في يد البائع وهو القاضي او امينه لم يضمن القاضي
الثمن للمشتري لان امين القاضي قائم مقام القاضي والقاضي قائم مقام الخليفة وكل واحد منهم لا يلزمه الضمان
لانه لو لزمه الضمان لتقاعدوا عن قبول هذه الامانة كيلا يلزمهم الضمان وتعطلت مصالح المسلمين وكذا الى
قبض الثمن وضاع في يده وهلك العبد قبل التسليم الى المشتري لا يضمن القاضي ولا امينه الثمن لما ذكرنا قال رحمه الله
ورجع المشتري على الغرماء لان البيع واقع لهم فيكون عهدته عليهم عند تعذر جعلها على العاقد كما تجعل العهدة
على الموكل اذا تعذر جعلها على الوكيل بان كان الوكيل عبدا او صبيا محجورا عليه لان العقد واقع له قال رحمه الله وان امر
القاضي الوصي ببيعه فاستحق او مات قبل القبض وضاع المال رجع المشتري على الوصي لان الوصي هو العاقد
نيابة عن الميت فترجع الحقوق اليه كما اذا وكله حال حياته وهذا اذا كان الميت اوصى اليه ظاهر وكذا اذا
نصبه القاضي لان القاضي انما نصبه ليكون قائما مقام الميت لا ليكون قائما مقام القاضي فصار كما لو اوصى اليه
الميت قال رحمه الله وهو على الغرماء اي يرجع الوصي على الغرماء لانه عامل لهم وعن عمل لغيره عملا ولحقه بسببه ضمان
يرجع به على من يقع له العمل ولو ظهر للميت بعد ذلك مال رجع الغريم فيه بدينه لان دينه لم يصل اليه فيرجع
عاصمن للموصي او للمشتري في المسئلة الاولى وهو ما اذا كان البائع هو القاضي او امينه لانه قضي ذلك وهو
مضطر فيه وقيل لا يرجع به لان الضمان وجب عليه بفعله لان قبض الوصي كقبضه والاول اصح لما ذكرنا والواجب

فان قيل اذا ارسل الموكل رسولا الى الوكيل بالعزل فبلغ الرسول ذلك اليه ينبت العزل به سواء كان الرسول عدلا او غير عدل قلنا ان عبارة الرسول كعبارة المرسل للحاجة الى الارسال بخلاف المخبر مسكين

اعلم ان في هذه المسئلة نوع غموض وصورتها رجل مات مديونا فباع القاضي او امين القاضي عبدا من ماله للغرماء واخذ ثمنه فضاع في يده قبل ان يوصله الى الغرماء ثم استحق العبد لم يضمن القاضي ولا امينه الثمن مستخلص

اذا بيع له كان بمنزلة الغريم لانه اذا لم يكن في التركة دين كان العاقد عاملا له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة
ان كان هو وصي الميت وان كان القاضي او امينه هو العاقد رجع عليه المشتري لما ذكرنا ولو قال قاض عدل
عالم قضيت على هذا بالرجم او بالقطع او بالضرب فافعله وسعك فعله قيده هنا بكونه عدلا عالما وفي الجامع
الصغير لم يقيد بهما وهو الظاهر وانما يسعه فعله لان طاعة اولي الامر واجبة قال الله تعالى اطيعوا الله واطيعوا
الرسول واولي الامر منكم وفي تصديقه طاعة ولانه اخبر عن امر يملك انشاءه في الحال فيقبل قوله لخلوه عن
التهمة ولانه لا يولى في موضع الا قاض واحد في الاعصار كلها ولو لم يقبل قوله وحده لولي في مكان قاضيان
فعلم بذلك ان قوله حجة ثم رجع محمد رحمه الله عن هذا فقال لا ياخذ بقوله الا ان يعاين الحجة او يشهد بذلك مع
القاضي عدل وبه اخذ مشايخنا رحمهم الله لفساد اكثر قضاة اهل زماننا والتدارك غير ممكن ولان قبول خبر
الواحد رتبة الانبياء عليهم السلام وغيرهم غير معصومين عن الكذب والغلط الا في كتاب القاضي الى القاضي لضرورة
احياء الحقوق ولان الخيانة في مثله قل ما يقع وقال ابو منصور الماتريدي رحمه الله ان كان عدلا عالما يقبل قوله
لو بعد لم تهمة الخيانة واحتمال الخطا لان العدل التقي يومن من الميل بالرشوة ولفقهه يومن من الغلط ظاهرا
وان كان عدلا جاهلا يستفسر لان الجاهل يظن غير الدليل دليلا فان احسن بان ذكر شرايطه مثل ان يحكم بحد الزنا
مثلا باقرار او ببينة فباتي بشرايطه عند التفسير وجب تصديقه لان عدالته تمنعه عن الكذب وان لم يحسن
بان اخل في شرايطه من نصاب الشهادة او التكرار في الاقرار ونحو ذلك لا يقبل قوله وان كان فاسقا فكذلك
الا ان يعاين الحجة والمصر اختيار هذا القول لاحتمال الخطا والخيانة قال الله تعالى في نبا الفاسق ان جاءكم
فاسق بنبا فتبينوا فاذا لم يصدقه فلا يمين على القاضي لان اليمين تجب على الخصم والقاضي ليس بخصم وانما هو امين
ولو صار خصما لما نفذ قضاؤه قال رحمه الله وان قال قاض عزل لرجل اخذت منك الفا ودفعتها الى زيد قضيت
به عليك فقال الرجل اخذته ظلما فالقول للقاضي وكذا لو قال قضيت بقطع يدك في حق اذا كان المقطوع يده
والماخوذ منه ماله مقرا انه فعله وهو قاض لان المقضي عليه لما اقر انه فعله في حال قضائه صار معترفا
بشهادة الظاهر للقاضي لان فعل القاضي على سبيل القضاء لا يوجب عليه الضمان فجعل القول قوله ولا يجب على القاضي
في ذلك يمين لانه ثبت انه فعل ذلك في حال قضائه بتصادقهما ولا يمين على القاضي لما ذكرنا ولو اقر الاخذ والقاطع
بما اقر به القاضي لم يضمنا ايضا لان قول القاضي حجة ودفعه صحيح فصار اقراره به كفعله معاينا ولو زعم المقطوع
يده والماخوذ منه ماله انه لم يكن قاضيا يومئذ وانما فعل ذلك قبل التقليد او بعد العزل كان القول للقاضي
ايضا لانه اسنده الى حالة معهودة منافية للضمان فصار كما اذا قال طلقت او اعتقت وانا مجنون والجنون
كان معهودا منه وقال شمس الائمة السرخسي اذا زعم المدعي ان القاضي فعل ذلك بعد العزل كان القول قول المدعي
لان هذا الفعل حادث فيضاف الى اقرب الاوقات ومن ادعى تاريخا سابقا لا يصدق الا بحجة لان الاصل متى وقعت
المنازعة في الاسناد يحكم الحال كما اذا اختلفا في جريان ماء الطاحونة وهو لو فعل في هذه الحالة يجب عليه الضمان
فلا يصدق في الاسناد الى حالة منافية الا بحجة بخلاف المسئلة الاولى لانه ثبت الاسناد بتصادقهما والصحيح
هو الاول لما ذكرنا وهو اختيار فخر الاسلام علي البزدوي والصدر الشهيد ونظيره اذا قال العبد لغيره بعد
العتق قطعت يدك وانا عبد وقال المقر له بل قطعتها وانت حر كان القول قول العبد وكذا لو قال المولى لعبد
قد اعتقه اخذت منك غلة كل شهر خمسة دراهم وانت عبد وقال المعتق اخذتها بعد العتق كان القول قول المولى
وكذا الوكيل بالبيع اذا قال بعت وسلمت قبل العزل وقال الموكل بعد العزل كان القول للوكيل ان كان المبيع مستهلكا
وان كان قائما فالقول قول الموكل لانه اخبر عما لا يملك انشاءه الا انه يصير مدعيا وكذا في مسئلة الغلة لا يصدق في
الغلة القائمة لانه اقر بالاخذ وبالاضافة يدعي عليه التملك ولو اقر القاطع والاخذ في هذا الفصل بما اقر به
القاضي يضمنان لانهما اقرا بسبب الضمان وقول القاضي مقبول في دفع الضمان عن نفسه لا في ابطال سبب ضمان

[illegible]

ونص محمد لو ادعى رجل الى الشهادة والقاضي ممن يقضي بتلك الشهادة لكنه خالف مذهب الشاهد لا ارى له ان يشهد بل اثم ولو شهد به لا ارى به باسا مستخلص

على غيره بخلاف الاول لانه فعله في قضائه بالتصادق فان قيل قد وجد الاسناد منهما ايضا الى حالة معهودة منافية للضمان موجبا ان لا يضمنا ايضا كالقاضي قلنا ان هذه حجة عارضها ما هو اقوى منها يقتضي وجوب الضمان وهو الاقرار بسبب الضمان لان هذه حجة قطعية لكون اقرار كل مقر حجة قطعية على نفسه وما ذكرنا من قضاء القاضي في حقهما حجة ظاهرة لا قطعية والظاهر لا يعارض القطعي وكان ينبغي ان يكون في حق القاضي كذلك ويجب عليه الضمان لكن لو اوجبنا عليه الضمان لامتنع الناس عن تقلد القضاء حذرا من الضمان بعد العزل فترك لذلك ولو كان المال في يد الآخذ قائما وقد اقر بما اقر به القاضي والمأخوذ منه المال صدق القاضي في انه فعل في قضائه او ادعى انه فعله في غير قضائه يوخذ منه لانه اقر ان اليد كانت له فلا يصدق في دعوى تملكه الا بحجة وقول المعزول ليس بحجة فيه وهو نظير مسئلة الغلة على ما بينا ومن نظاير هذه المسائل ما لو قال الوصي بعد ما بلغ اليتيم انفقت عليك كذا وكذا من المال وانكر اليتيم ذلك كان القول قول الوصي لما انه اسند الى حالة منافية للضمان واورد في النهاية على المسائل المتقدمة ما اذا اعتق المولى امته ثم قال لها قطعت يدك وانت امتي وقالت هي قطعتها وانا حرة كان القول قولها وكذا في كل شيء اخذه منها عند ابي حنيفة وابي يوسف مع انه منكر الضمان باسناده الفعل الى حالة منافية له فاجاب بالفرق بينهما من حيث ان المولى اقر باخذ مالها ثم ادعى التملك لنفسه فيصدق في اقراره ولا يصدق في دعواه التملك له وكذا لو قال لرجل اكلت طعامك باذنك فانكر الاذن يضمن المقر وهذا الفرق ليس بمخلص

كتاب الشهادة

قال رحمه الله هي اخبار عن مشاهدة وعيان لا عن تخمين وحسبان هذا في اللغة فلهذا قالوا انها مشتقة من المشاهدة التي تنبئ عن المعاينة وسمي الاداء شهادة اطلاقا لاسم السبب على المسبب وقيل هي مشتقة من الشهود بمعنى الحضور لان الشاهد يحضر القاضي ومجلس الواقعة وهي في اصطلاح اهل الشريعة عبارة عن اخبار بصدق مشروط فيه مجلس القضاء ولفظة الشهادة وشرطها العقل الكامل والضبط والولاية والقدرة على التمييز بين المدعي والمدعى عليه وركنها لفظ اشهد بمعنى الخبر دون القسم وحكمها وجوب الحكم على القاضي بما تقتضيه الشهادة والقياس يابى ان تكون الشهادة حجة ملزمة لانه خبر محتمل الصدق والكذب ولكن ترك ذلك بالنصوص والاجماع قال رحمه الله وتلزم بطلب المدعي اي يلزم اداء الشهادة ولا يسع كتمانها اذا طلب المدعي لقوله تعالى ولا ياب الشهداء اذا ما دعوا وقوله تعالى ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه وهذا وان كان نهيا عن الاباء وعن الكتمان لكن النهي عن الشيء يكون امرا بضده اذا كان له ضد واحد لان الانتهاء لا يكون الا بالاشتغال به فكان اداء الشهادة فرضا قطعا لكن بصفة الانتهاء عن الكتمان فصار كالامر به بل اكد ولهذا اسند الاثم الى الآلة التي وقع بها الفعل وهي القلب لان اسناد الفعل الى محله اقوى من اسناده الى كله وقولك ابصرته عيني اكد من قولهم ابصرته واسناده الى اشرف الجوارح دليل على انه اعظم الجرائم بعد الكفر بالله تعالى وانما يأثم اذا علم ان القاضي يقبل شهادته وتعين عليه الاداء وان علم ان القاضي لا يقبل شهادته او كانوا جماعة فادى غيره ممن تقبل شهادته فقبلت قالوا لا يأثم ولو ادى غيره ولم تقبل شهادته يأثم من لم يؤد اذا كان ممن تقبل شهادته لان امتناعه يؤدي الى تضييع الحقوق وهذا اذا كان موضع الشاهد قريبا من موضع القاضي وان كان بعيدا بحيث لا يمكنه ان يغدو الى القاضي لاداء الشهادة ويرجع الى اهله في يومه ذلك قالوا لا يأثم لانه يلحقه الضرر بذلك وقال تعالى ولا يضار كاتب ولا شهيد ثم ان كان الشاهد شيخا كبيرا لا يقدر على المشي الى مجلس الحاكم وليس له شيء للركوب فاركبه المدعي من عنده قالوا لا بأس به وتقبل شهادته لانه من باب الاكرام للشهود لقوله عليه السلام اكرموا الشهود وان كان يقدر واركبه المدعي من عنده قالوا لا تقبل قال رحمه الله وسترها في الحدود احب لقوله عليه السلام للذي شهد عنده لو سترته بثوبك لكان خيرا لك الحديث ولفظ المختصر يدل على انه مخير بين الستر والاظهار ولكن الستر افضل لما روينا ولقوله عليه السلام من ستر على مسلم ستر الله عليه في الدنيا والآخرة وفيما نقل من تلقين المقر للدرء عن النبي صلى الله عليه

الرواية هي اخبار عن الغير على اخر وهذا حسن لان الاخبار بحق وجوها ثلاثة الاول ان يكون بحق للغير على اخر وهو الشهادة والثاني ان يكون بحق لنفسه على اخر وهو الدعوى والثالث ان يكون بحق لاخر على نفسه وهو الاقرار فلو بدء بذكر القيد على قوله بحق للغير على اخر ليكون التعريف للشهادة خاصة مستخلص

وسلم واصحابه دلالة ظاهرة على ان الستر افضل وان شاء اظهر لان فيه حسبة ايضا لان فيه ازالة الفساد او تقليله فكان حسنا ولا يلزم على هذا قوله تعالى ان الذين يحبون ان تشيع الفاحشة في الذين آمنوا الآية لان ظاهر الآية والله اعلم يقتضي انهم يحبون ان تشيع فيهم الفاحشة لاجل انهم آمنوا وذلك صفة الكافر فلذلك وعد بعذاب اليم ولان مقصود الشاهد ارتفاع الفاحشة من العباد لا اشاعتها ولهذا امر الله تعالى بالاشهاد به بقوله تعالى فاستشهدوا عليهن اربعة منكم فلهذا حسن والاول وهو الستر احسن لما بينا ولا يلزم عليه قوله تعالى ومن يكتمها فانه آثم قلبه لان المراد بها حقوق العباد بدليل قوله تعالى ولا ياب الشهداء اذا ما دعوا اي اذا دعاهم المدعي اذ الحدود ليس لها مدع يدعيها ولان الحدود حق الله تعالى والله غني عن كل شيء مع كرمه ولطفه بعباده والعبد محتاج شحيح فلا يقاس احد الحقين على الآخر قال رحمه الله ويقول في السرقة اخذ لا سرق لان الشهادة بالمال واجب اذا طلبه المدعي والستر في الحد افضل على ما بينا وامكنه الجمع بينهما باقامة الحقين بقوله اخذ لانه يحيي به حق المدعي ولا يجب به الحد ولان القطع متى وجب عليه سقط الضمان اذ لا يجتمعان فلا يحصل مقصود المدعي بقوله سرق فيتوقاه مراعاة لحقه اذ هو محتاج اليه وفيه صيانة يد السارق والله غني عن كل شيء فلا ضرورة الى اقامته قال رحمه الله وشرط للزنا اربعة رجال لقوله تعالى واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن اربعة منكم وقوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم ياتوا باربعة شهداء وقوله تعالى لولا جاؤا عليه باربعة شهداء ولقوله عليه السلام ايت باربعة يشهدون على صدق مقالتك وهذه الالفاظ موضوعة للمذكر دون المؤنث وقد انعقد الاجماع على اشتراط الذكورة فيه ولان الله تعالى يحب الستر على عباده واوعد بالعذاب من احب اشاعة الفاحشة على المؤمنين بما تلونا وفي اشتراط الاربع مع وصف الذكورة تحقق معنى الستر اذ وقوف الاربع على هذه الفاحشة قلما يتحقق واوجب على من نسب الى هذه الفاحشة الحد ان كان اجنبيا واللعان ان كان زوجا كل ذلك يؤكد معنى الستر ويمنع من الاظهار ولا يقال ليس في هذه النصوص الا بيان جواز العمل بهذا العدد وليس فيه بيان ما يمنع العمل باقل منه لانا نقول هو كذلك لان التخصيص بالذكر لا يدل على انتفاء الحكم عند انتفاء المذكور ولكن لا يوجبه ايضا فمن ادعى جوازه بما دونه يحتاج الى دليل كما ان النافي للحكم عند انتفائه لا ينفيه الا بالعدم دليل يقتضيه اذ لا يثبت الحكم الشرعي بغير دليل وقد وجد الدليل على انتفائه عند انتفاء العدد المذكور هنا وهو اجماع الصحابة ومن بعدهم الى يومنا هذا ان الشهود على الزنا اذا نقص عددهم عن الاربعة يجب عليهم الحد لكونهم قذفة الا ترى ان عمر رضي الله عنه حد الثلاثة الذين شهدوا على مغيرة بالزنا ولو كان الزنا يثبت بما دونه لما وجب عليهم الحد بل كان يجب على المنسوب الى الزنا ولا يمكن القياس على غيره من الحقوق لعدم التساوي ولوجود النص في الفرع وشرط القياس المساواة بين النص والفرع وان لا يكون في الفرع نص يمكن العمل به قال رحمه الله ولبقية الحدود والقصاص رجلان لحديث الزهري مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين من بعده ان لا شهادة للنساء في الحدود والقصاص وقال تعالى فاستشهدوا شهيدين من رجالكم ولان شهادة النساء فيها شبهة البدلية لان كل ثنتين منهن قائمة مقام رجل فلا تقبل فيما يدرأ بالشبهات كما لا يجوز فيها كتاب القاضي الى القاضي وانما كانت فيها شبهة البدلية لا حقيقتها لان البدل الحقيقي لا يصار اليه مع القدرة على الاصل وها هنا شهادة امرأتين مع رجل تقبل مع وجود الشهود من الرجال ومعنى قوله تعالى فان لم يكونا رجلين قالوا ان لم يشهدا حال كونهما رجلين فليشهد رجل وامرأتان ولولا هذا التأويل لما اعتبر شهادتهن مع وجود الرجال وشهادتهن معتبرة معهم عند الاختلاط ايضا حتى اذا استشهد رجال ونسوة بشيء يضاف الحكم الى الكل حتى يجب الضمان على الكل عند الرجوع قال رحمه الله وللولادة والبكارة وعيوب النساء فيما لا يطلع عليه رجل امرأة يعني يشترط لثبوت هذه الاشياء شهادة امرأة لقوله عليه السلام شهادة النساء

جايزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه والجمع المحلى بالالف واللام اذا لم يكن ثمة معهود يراد به الجنس
فيتناول الاقل وقال احمد يعني رحمه الله ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اجاز شهادة القابلة على الولادة وقال الشافعي
يشترط فيه ان يشهد اربع من النساء لان كل امراتين يقومان مقام رجل واحد في الشهادة وقال ابن ابي ليلى
يشترط ان يشهد فيه ثنتان من النساء لان المعتبر في باب الشهادات شيئان العدد والذكورة وتعذر اعتبار
احدهما فبقي الاخر وهو العدد على حاله والحجة عليهما ما روينا ولانه انما سقط اشتراط صفة الذكورة
ليخف النظر لان نظر الجنس اخف فكذا يسقط اعتبار العدد لان نظر الواحد اخف والاحوط الاثنان
او الاكثر لما فيه من معنى الالزام ويشترط فيها ساير شروط الشهادة من الحرية والاسلام والعقل والبلوغ
والعدالة وحكم شهادتهن في الولادة والبكارة والعيوب قد ذكرنا كل واحد منها في موضعها من الطلاق
والبيوع واما شهادتهن في استهلال الصبي لا تقبل في حق الارث عند ابي حنيفة لانه مما يطلع عليه الرجال
وتقبل في حق الصلاة عليه لانه من امور الدين كشهادتها في هلال رمضان وروايتها الاخبار وعندهما
تقبل لان الاستهلال علامة حياته ولا يعرفه الا من حضره ولا يحضره الرجال عادة فصار كشهادتهن
على نفس الولادة وتقبل في الولادة شهادة رجل واحد ايضا لانه لما قبل فيه شهادة المراة كان الرجل بالطريق
الاولى ثم اختلفوا فيما اذا قال تعمدت النظر قال بعضهم تقبل كما في الزنا قال رحمه الله ولغيرها رجلان او رجل وامراتان
اي يشترط لغير الحدود والقصاص وما لا يطلع عليه الرجال شهادة رجلين او رجل وامراتين سواء كان
الحق مالا او غير مال كالنكاح والطلاق والعتاق والوكالة والوصاية ونحو ذلك مما ليس بمال وقال الشافعي
رحمه الله لا تقبل شهادة النساء مع الرجال الا في الاموال وتوابعها كالاجل وشرط الخيار لان الاصل عدم قبول
شهادتهن لنقصان العقل واختلال الضبط وقصور الولاية فانها لا تصلح للخلافة ولهذا لا تقبل
شهادتهن وحدهن وان كثرن ولا مع الرجال في الحدود والقصاص وانما قبلت في الاموال وتوابعها
للضرورة لكثرة وقوعها وقلة خطرها ولا كذلك غير المال ولنا ما روي ان عمر رضي الله عنهما اجاز شهادة
النساء مع الرجال في النكاح والفرقة ولانها حجة اصلية لا ضرورية والاصل فيها القبول لوجود ما يبتنى
عليه اهلية الشهادة وهي الولاية وهي تبتنى على الحرية والارث ولوجود اهلية القبول وهي تبتنى
على انتفاء التهمة بالكذب والغلط فالكذب ينتفي بالعدالة والغلط ينتفي باتقان المعاينة والضبط
والاداء لان بالاول يحصل العلم للشاهد وبالثاني يحصل البقاء والدوام وبالثالث يحصل العلم للقاضي
ولهذا تقبل روايتها الاخبار وكان ينبغي ان تقبل شهادتهن مطلقا كالرجال لكن جاء النص على خلافه
ونقصان الضبط بزيادة النسيان انجبر بضم اخرى اليها فلم يبق بعد ذلك الا الشبهة وهذه الحقوق تثبت مع الشبهة
كالمال بل فوقه الا ترى ان النكاح يثبت مع الهزل وكذا الطلاق والعتاق والمال لا يثبت به واي شبهة اقوى
من الهزل بخلاف الحدود والقصاص لانها لا تثبت مع الشبهة قال رحمه الله ولكل لفظ الشهادة والعدالة اي يشترط
لجميع مراتب الشهادة وهي اربع مراتب على ما مضى بيانه لفظة الشهادة والعدالة لكي تقبل حتى لو قال الشاهد
اعلم او اتيقن لا تقبل شهادته لان النصوص ناطقة باستشهاد فلا يقوم غيرها مقامها لما فيها من زيادة
توكيد لانها من الفاظ اليمين فيكون معنى اليمين ملاحظا فيها والامتناع عن الكذب بهذا اللفظ اشد
اذ لا يوجد هذا المعنى في غيرها من الالفاظ بخلاف غيرها من الامور حيث لا يراعى فيه اللفظ الذي ورد به
الامر بل يتاتى بكل لفظ يعطي ذلك المعنى كالتكبير والايمان حتى صح الدخول في الصلاة بلفظ التكبير وغيره
مما هو في معناه وكذا الايمان يجوز باي لفظ كان لحصول المقصود به ولان في الشهادة الزام الحاكم الحكم
وثبت ذلك على خلاف القياس فيراعى جميع ما ورد به النص والعراقيون لا يشترطون لفظة الشهادة
في شهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال ويجعلونه من باب الاخبار لا من باب الشهادة والصحيح هو الاول

لانه من باب الشهادة ولهذا يشترط فيه شرايط الشهادة من الحرية ومجلس الحاكم وغيرهما والعدالة هي المعينة
للصدق قال الله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم وقال تعالى ممن ترضون من الشهداء والعدل هو المرضي ولان من
يباشر غير الكذب من المعاصي قد يباشر الكذب وهذا لان الخبر يحتمل الصدق والكذب وبالعدالة يترجح جهة
الصدق وهو الانزجار عما يعتقد حرمته والحجة هو الخبر الصدق ولا تلزم حجة دونها وهي شرط لزوم العمل
بالشهادة لا شرط اهلية الشهادة اذ الفاسق اهل لولاية القضاء والسلطنة فيكون اهلا للشهادة الا ان
فسقه اوجب التوقف في خبره لتهمته قال الله تعالى يا ايها الذين امنوا ان جاءكم فاسق بنبا الاية امر بالتبين
والتثبت لا بالرد حتى اذا غلب ظنه انه صادق في الشهادة جاز ان يحكم به وعن ابي يوسف رحمه الله ان الفاسق
اذا كان وجيها في الناس ذا مروة تقبل شهادته لعدم تمكن تهمة الكذب في شهادته لانه لوجاهته
لا يجتري احد على استيجاره لاداء الشهادة ولمروته يمتنع عن الكذب من غير منفعة له في ذلك والاول اصح
لما ذكرنا ولان في قبول شهادته اكراما له قال عليه السلام اكرموا الشهود فان الله تعالى يحيي الحق بهم وفي حق
الفاسق امرنا بخلافه قال عليه السلام اذا لقيت الفاسق فالقه بوجه مكفهر ومن يكون معلنا بالفسق
فلا مروة له شرعا فلا يلزم قبول شهادته حقا على وجه لا بد له منه قال رحمه الله ويسال عن الشهود سرا وعلانية
في ساير الحقوق وهذا عند ابي يوسف ومحمد وقال ابو حنيفة يقتصر على ظاهر عدالة المسلم ولا يسال عن الشاهد
حتى يطعن الخصم فيه فان طعن فيه سال عنه سرا وجهرا الا في الحدود والقصاص فانه يسال عنه في السر
والعلانية وان لم يطعن الخصم لقوله عليه السلام المسلمون عدول بعضهم على بعض الا المحدود في قذف
ومثل ذلك عن عمر رضي الله عنه وظاهر قوله تعالى وكذلك جعلناكم امة وسطا لتكونوا شهداء على الناس يشهد له
ولان الظاهر هو الانزجار لان عقله ودينه يمنعانه عن مباشرة القبيح فاكتفي بالظاهر لعدم المنازع
وان كان الموضع موضع استحقاق كالشفيع يستحق الشفعة بظاهر يده اذا لم يكن له منازع وهذا لانه لا يمكن
الوصول الى القطع لخفائها ولو زكي فالمزكي يخبر عن عدالته متمسكا بظاهر حاله لان اقصى ما يستدل به على
عدالته انزجاره عن محظورات دينه واجتهاده على الطاعات وهي دلالة ظاهرة عليها وليست بقطعية فلا
حاجة الى اشتراط السوال الا اذا طعن الخصم فيه لانه لا يطعنه كاذبا ظاهرا فتقابل الظاهران فوجب الترجيح
بالاستقصا بخلاف الحدود والقصاص لانهما يندرئان بالشبهة ويحتاط لاسقاطهما فيستقصى فيهما ابتداء
من غير طعن خصم رجاء ان يسقطا ولهما ان القضاء يبتنى على الحجة ولا تقع الحجة الا بشهادة العدول على ما بينا
والعدالة قبل السوال ثابتة بالظاهر وهو لا يصلح حجة للاستحقاق فوجب التعرف عنها صيانة لقضائه
عن البطلان واسناد الحكم الى البرهان وقيل هذا اختلاف عصر وزمان لان ابا حنيفة رحمه الله كان في القرن
الثالث وهم ناس شهد لهم النبي صلى الله عليه وسلم بالخير والصلاح بقوله عليه السلام خير القرون قرني الذي
انا فيهم ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم ثم يفشو الكذب حتى يحلف الرجل قبل ان يستحلف ويشهد قبل
ان يستشهد والاية التي تلوناها والحديث الذي رويناه يدلان على ذلك وهما كانا في القرن الرابع بعد ما تغير
احوال الناس وظهرت الخيانات والكذب فافتى كل واحد بما شاهد في زمانه والفتوى اليوم على قولهما
لان الفساد في هذا العصر اكثر ثم التعديل في السر ان يبعث المستورة وانما سميت الرقعة التي فيها اسماء الشهود
مستورة لانها تخفى وهي الرقعة الى المعدل فيها اسم الشاهد ونسبه وحليته ومسجده الذي يصلي فيه ومحلته
وسوقه ان كان سوقيا فيسال عنه جيرانه واصدقائه فاذا عرفه من عرفه بالعدالة يكتب تحت اسمه في كتاب
القاضي انه عدل جايز الشهادة ومن عرفه بالفسق يسكت ولا يكتب احترازا عن الهتك ويقول الله اعلم الا اذا
عدله غيره وخاف ان يحكم القاضي بشهادته فحينئذ يصرح به ومن لم يعرف حاله يكتب تحت اسمه انه مستور
ويرد المعدل المستورة سرا كيلا تظهر فيوذى ولا بد في التعديل في العلانية من ان يجمع بين المعدل والشاهد

في مجلس القضاء فيسال المزكي من الشهود بحضرة الشهود
هولاء عدول مقبولوا الشهادة ويشترط في مزكي العلانية
ما يشترط في الشهادة من العدالة والبلوغ والحرية
والعقل والبصر وان لا يكون محدودا في قذف سوى
لفظة الشهادة وفي تزكية السر يشترط عدالة المزكي
فقط وان كان محدودا في القذف مسكين

لتنتفي شبهة تعديل غيره عن القاضي لاحتمال ان يكون في قبيلته من يوافقه في الاسم وقد كانت العلانية وحدها
في الصدر الاول لان الشوكة كانت لاهل الخير وهم لعدد عليهم اهل الشر ويكتفي بالسر في زماننا لما ذكرنا وقال محمد رحمه الله
تزكية العلانية بلاء وفتنة ولا بد ان يقول المعدل هو عدل جائز الشهادة لان العبد والمحدود في قذف اذا تاب
يكون عدلا والاصح انه يكتفي بقوله هو عدل لان من نشأ في دار الاسلام في زماننا كان الظاهر من حاله الحرية والاسلام
ولهذا لا يسال القاضي عن حرية الشاهد واسلامه ما لم ينازع الخصم وما ذكره في الجامع ان الناس احرار
الا في الشهادة والحدود والقصاص والعقل فانه لا يكتفي بظاهر الحرية في هذه المواضع بل يسال عنها محمول على
ما اذا طعن الخصم بالرق فان ابا الحسين ذكر في مختصره ان الناس احرار الا في اربع مواضع الشهادة والحدود
والقصاص والعقل فانه لا يكتفي بظاهر الحرية في هذه المواضع اذا قال المدعى عليه ان الشاهد عبد وقال القاذف
المقذوف عبد او قال الشاج المشجوج عبد او قالت العاقلة القاتل عبد لا تقبل شهادته ولا يجب حد القذف
ولا القصاص فيما دون النفس ولا الدية على العاقلة حتى يقيم البينة انه حر وهو نظير العدالة عند ابي حنيفة رحمه الله
فان القاضي يحكم بظاهر العدالة فيهم لكونه من المسلمين ما لم يطعن الخصم فيهم فاذا طعن الخصم سال على ما بينا
قال رحمه الله وتعديل الخصم لا يصح هكذا قال ابو حنيفة رحمه الله يعني تعديل المدعى عليه الشهود لا يصح ومراده على قول
من يرى السؤال عن الشهود واما على قوله فلا يتأتى ذلك لانه لا يرى السؤال عن الشهود ونظيره المزارعة فانه لا يراها
ومع ذلك فرع عليها على قول من يرى وانما لا يصح تعديله لان من زعم المدعي وشهوده ان المدعى عليه ظالم
وكاذب في الجحود فتزكية الكاذب الفاسق لا تصح وعن ابي يوسف ومحمد ان تزكيته تجوز اذا كان من اهله بان كان
عدلا لكن عند محمد رحمه الله لا بد من ضم اخر اليه لانه لا يجوز تعديل الواحد وابو يوسف يجوزه على ما يجي من قريب والمراد
به فيما اذا قال هم عدول لكنهم اخطأوا او نسوا اما اذا قال صدقوا او هم عدول صدقة فيلزمه الحق لاقراره به
ولو قال هم عدول ولم يزد على ذلك لا يلزمه شيء لانه مع كونهم عدولا يتوهم منهم النسيان والخطا فلا يلزم من
كونه عدلا ان يكون كلامه صوابا قال رحمه الله والواحد يكفي للتزكية والرسالة والترجمة لان التزكية من امور الدين
فلا يشترط فيه الا العدالة حتى تجوز تزكية العبد والمراة والاعمى والمحدود في القذف اذا تاب لان خبرهم مقبول
في الامور الدينية الا ترى ان روايتهم في الاخبار مقبولة وهذا عندهما وقال محمد يشترط في التزكية ما يشترط في
الشهادة من العدد ووصف الذكورة حتى يشترط في تزكية شهود الزنا اربعة ذكور وفي غيره من الحدود والقصاص
رجلان وفي غيرهما من الحقوق يجوز رجلان او رجل وامراتان وفيما لا يطلع عليه الرجال امراة واحدة رتبها على
مراتب الشهادة لان التزكية في معنى الشهادة لان ولاية القضا تبتنى على ظهور العدالة وهي بالتزكية ويشترط
فيهما ما يشترط في الشهادة ولهما انه ليس في معنى الشهادة وانما هو في معنى الاخبار ولهذا لا يشترط فيه لفظ
الشهادة ولا مجلس الحكم وجازت تزكية من لا تقبل شهادته له كتزكية احد الزوجين الاخر وتزكية الوالد لولده
وبالعكس واشتراط العدد في الشهادة امر تعبدي ثبت على خلاف القياس لان رجحان الصدق في حق العمل
بقوله بالعدالة لا بالعدد كما في رواية الاخبار حتى قالوا انها لا ترجح بكثرة الرواة ما لم يبلغ حد التواتر فلا
معنى لاشتراط العدد في الشهادة ولكن ترك ذلك للنص فبقي ما وراءها على الاصل وفي المحيط اجاز تزكية
الصبي وقالوا اشترط الذكورة وعدد الشهادة في تزكية شهود الحد بالاجماع والمراد بالرسالة والترجمة
رسول القاضي الى المزكي والمترجم عن الشهود وكل ذلك على الخلاف الذي ذكرنا والمعنى ما بينا من الجانبين
والاحوط في الكل اثنان وينبغي للقاضي ان يختار في المسالة عن الشهود من هو خبير باحوال الناس واكثرهم
اختلاطا بالناس مع عدالته عارفا بما يكون جرحا وما لا يكون جرحا غير طماع ولا فقير كيلا يخدع بالمال
فان لم يكن في جيرانه ولا اهل سوقه من يثق به سال اهل محلته وان لم يجد فيهم ثقة اعتبر فيه تواتر الاخبار
وهذا الذي ذكرناه كله في تزكية السر واما في تزكية العلانية فيشترط فيها جميع ما يشترط في الشهادة من الحرية

والبصر وغير ذلك سوى لفظ الشهادة بالاجماع لان معنى الشهادة فيها اظهر فانها تختص بمجلس القضا قال رحمه الله
وله ان يشهد بما سمع او راى في مثل البيع والاقرار وحكم الحاكم والغصب والقتل وان لم يشهد عليه اي يجوز له
ان يشهد في كل ما يتم بنفسه اذا عاين السبب كالبيع الى اخر ما ذكره وان لم يشهد عليه بل يجب عليه اذا دعي اليه
لما تلوناه ورويناه وهذا لانه علم ما هو الموجب بنفسه وهو الركن لقوله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون
ولقوله عليه السلام اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع ويقول اشهد انه باع واقر لانه عاين السبب فوجب عليه
الشهادة به كما عاين وهذا اذا كان البيع بالعقد فظاهر وان كان بالتعاطي فكذلك لان حقيقة البيع هو مبادلة
المال بالمال وقد وجد وقيل لا يشهدون على البيع بل يشهدون على الاخذ والاعطاء لانه بيع حكمي وليس ببيع
حقيقي ولا يقول اشهدني الا اذا اشهده كيلا يكون كاذبا وكذا في الاقرار يقول اشهد ان فلانا اقر بكذا لفلان
ولا يقول اشهدني لما ذكرنا ولو سمع من وراء الحجاب لا يسعه ان يشهد لاحتمال ان يكون غيره اذ النغمة
تشبه النغمة الا اذا كان في الداخل وحده ودخل الشاهد وعلم انه ليس فيه غيره ثم جلس على المسلك وليس له
مسلك غيره فسمع اقرار الداخل ولا يراه لانه يحصل به العلم وينبغي للقاضي اذا فسر له ان لا يقبله لان النغمة تشبه النغمة
وليس من ضرورة جواز الشهادة القبول عند التفسير الا ترى ان الشهادة بالتسامع تجوز في اشياء وعند التفسير لا تقبل
وقالوا اذا سمع صوت المراة من وراء الحجاب لا يجوز ان يشهد عليها الا اذا كان يرى شخصها وقت الاقرار قال رحمه الله
ولا يشهد على شهادة غيره ما لم يشهد عليه لان الشهادة لا يثبت حكمها بنفسها ولا تصير حجة الا بالنقل الى مجلس
القضاء ولهذا تعتبر عدالة الاصول فلا يكون لغيره ان يجعل كلامه حجة الا بامره فلا يسعه ان يشهد على شهادته
الا بالتحمل وكذا اذا سمعه يشهد غيره على شهادته لا يسع السامع ان يشهد على شهادته لانه لم يحمله وانما حمل غيره
فصار نظير ما لو سمع شخصا يوكل حيث لا يجوز للسامع ان يتصرف ما لم يوكله لان الموكل لم يرض برايه قال رحمه الله ولا يعمل
شاهد وقاض وراو بالخط ان لم يتذكروا اي لا يحل للشاهد اذا راى خطه ان يشهد حتى يتذكر الشهادة ولا للقاضي
اذا وجد في ديوانه مكتوبا شهادة شهود ولا يحفظ انهم شهدوا بذلك او قضية قضاها ان يحكم بتلك الشهادة
ولا ان يمضي تلك القضية ولا للراوي اذا وجد مكتوبا بخطه او بخط غيره وهو معروف انه سمع على فلان ونحوه
ان يروي حتى يتذكر الشهادة او القضية او الرواية وهذا على اطلاقه قول ابي حنيفة رحمه الله ووجهه قوله تعالى
الا من شهد بالحق وهم يعلمون وقوله عليه السلام اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع شرط ان يكون عالما ولا يتصور
العلم بدون تذكر الواقعة ولان الخط يشبه الخط فلا يلزم حجة لاحتمال انه مزور وهذا لان فائدة الكتابة
ان يتذكر اذا نظر فيه فاذا لم يفد للقلب التذكر صار وجوده كعدمه وقال محمد رحمه الله يجوز لكل واحد منهم
ان يعمل بالكتاب ان تيقن به وان لم يتذكر الواقعة توسعة للامر على الناس وقال ابو يوسف رحمه الله يجوز للراوي
ان يعمل به لدلالة الظاهر وكذا القاضي ان يحكم بالشهادة وان يمضي القضا بذلك وليس للشاهد ان يشهد
برؤية خطه ما لم يتذكر الشهادة لان القاضي لكثرة اشغاله يعجز عن حفظ كل حادثة ولهذا يكتب كل حادثة
فلو لم يكتف بما يجده في قمطره لتعطل احوال الناس ولان ما في قمطره وهو في يده تحت ختمه يؤمن من التبديل
والتزوير وكتابة الرواة تكون في ايديهم فيؤمن التزوير ايضا بخلاف كتابة الشهادة لان الصك يكون
في يد الخصم فلا يؤمن من التبديل ولو نسي القاضي قضاءه ولم يكن له سجل فشهد عنده شاهدان بانه قضى بكذا فعلى
الخلاف المذكور وقيل عند ابي يوسف لا يعتمد ذلك وعلى هذا الخلاف قوم يثق بهم انه كان شاهدا لا يسعه ان يشهد
وعلى هذا لو سمع حديثا من غيره ثم نسي راوي الاصل سمعه ممن روى عنه فعند ابي يوسف لا يعمل به ولا يجوز
له ان يعمل به وعند محمد له ان يعتمد ذلك في الكل ولو تذكر مجلس الشهادة دون الشهادة لا يسعه ان يشهد
قال رحمه الله ولا يشهد بما لم يعاينه الا في النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضي واصل الوقف فله ان يشهد
بها اذا اخبره بها من يثق به وهذا استحسان والقياس ان لا يجوز لان الشهادة لا تجوز الا بعلم على ما بينا من قبل ولا يتحقق العلم الا

بالمشاهدة والعيان او بالخبر المتواتر ولم يوجد فصار كالبيع والاجارة بل اولى لان حكم المال اخف من حكم النكاح ولهذا
لا يجوز للقاضي ان يحكم بالتسامع والحكم يجب بما يجب به الشهادة ولهذا لو فسر للقاضي لا يقبله وجه الاستحسان
ان هذه الامور يختص بمعاينة اسبابها خواص من الناس ويتعلق بها احكام تبقى على انقضاء القرون وانقراض الاعصار
فلو لم يقبل فيها بالتسامع ادى الى الحرج وتعطيل الاحكام ولان الاسباب يقترن بها ما تشتهر به فان النسب يشتهر
بالتهنية ونسبة كل واحد الى الاخر عند المخاطبات والمناداة والموت بالتعزية وقسمة التركات والنذر اي ولان
النكاح بالشهود والولائم والدخول يتعلق به احكام مشهورة من النسب والمهر والعدة وثبوت الاحصان
والقضا بقراءة المنشور واختلاف الخصوم اليه وازدحامهم عليه فنزلت الشهرة فيها منزلة العيان فلا يشترط
فيها المشاهدة بخلاف البيع والهبة والاجارة وامثالها لانها لا يختص بمشاهدة اسبابها الخواص من الناس
بل يحضره الخاص والعام وبه جرت العادة ولان الناس قاطبة مجمعون على انهم يشهدون بهذه الاشيا بالشهرة
الا ترى انا نشهد ان عليا تزوج فاطمة ودخل بها وان شريحا كان قاضيا وعمر بن الخطاب تزوج بنت علي ولو تعلقت
بحقيقة علم السبب ادى الى عدم الشهادة بها اصلا لان سبب النسب العلوق ولا علم للبشر فيه وسبب القضا
التولية ولا يحضره الا الوزير وامثاله وكذا الدخول لا يعرفه الا الزوجان فاكتفى في الكل بالدليل الظاهر ثم انما
يجوز له ان يشهد بهذه بالتواتر او باخبار من يثق به واذا راى امراة يدخل عليها رجل وينبسطان انبساط
الازواج وسمع من الناس انها زوجته جاز له ان يشهد به وان لم يعاين عقد النكاح وكذا اذا راى شخصا جالسا
مجلس الحكم يفصل الخصومات جاز له ان يشهد بانه قاض قالوا وفي الاخبار يشترط ان يخبره رجلان او رجل وامراتان
وهم عدول ليحصل له نوع علم او غلبة ظن وقيل في الموت يكتفى باخبار واحد عدل او واحدة لانه قد يتحقق في
موضع ليس فيه الا واحد بخلاف غيره لان الغالب فيها ان يكون بين الجماعة ويشترط في الاخبار لفظ الشهادة في غير
الموت وفي الموت لا يشترط لانه لا يشترط فيه العدد فكذا لفظ الشهادة ولو لم يحضر الموت الا شخص واحد واراد
ان يشهد بموته عند الحاكم اخبر بذلك رجلا عدلا ثم يشهدان بذلك عند الحاكم وهو من اعجب المسائل ولو شهد
انه حضر دفنه فهو معاينة وفي الوقف واصل الوقف يعتبر به من شرايطه لان اصله هو الذي يشتهر دون شرايطه
فلا يقبل فيها بالتسامع وذكر المرغيناني انه لا بد من بيان الجهة بان يشهدوا انه وقف على هذا المسجد او الفقير
او ما اشبهه حتى لو لم يذكروا في شهادتهم الجهة لا تقبل شهادتهم ثم قصر الاستثنا على هذه الاشيا ينفي اعتبار
التسامع في الولاء وعن ابي يوسف انه يجوز لانه بمنزلة النسب لقوله عليه السلام الولاء لحمة كلحمة النسب ولان الحكم
المتعلق بالولاء يبقى بعد الموت كالحكم المتعلق بالنسب فلو لم يجز بالتسامع لتعطلت الاحكام وجه قولهما جميعا
ان العتق ينبني على زوال الملك ولا بد فيه من المعاينة فكذا ما ينبني عليه وذكر شمس الائمة السرخسي
ان الشهادة بالعتق لا تقبل بالاجماع وذكر الحلواني ان الخلاف ثابت فيه ايضا ثم ينبغي ان لا يفسر انه يشهد بالتسامع
فلو فسر لا يقبله كمعاينة شي في يد انسان يطلق له الشهادة واذا فسر لا يقبل قال رحمه الله ومن في يده شي سوى الرقيق
لك ان تشهد انه له لان اليد بلا منازع اقصى ما يستدل به على الملك اذ لا دليل لمعرفة الملك في حق الشاهد
سوى اليد بلا منازع لان غاية ما في الباب ان يعاين اسباب الملك من الشرا وغيره وذلك راجع الى اليد
لان المالك ثبت ملكه باليد بلا منازع ولولا ذلك لما صح التمليك من المشتري فثبت بهذا ان لا دليل على الملك
سوى اليد فكان معتمد الشاهد اليد اعتبارا للظاهر عند تعذر الوقوف على الحقيقة فمنعه الشهادة باليد يؤدي
الى سد بابها اذ لا دليل للشاهد على الملك سوى اليد وبابها مفتوح وهي مشروعة فما يؤدي الى انتفائها فهو المنتفي
وعن ابي يوسف انه يشترط مع ذلك ان يقع في قلبه انه له ليحصل له نوع علم او غلبة ظن لان الشهادة بلا علم لا تحل
لما تلونا ورويناه ولهذا قيل لو راى درة ثمينة في يد كناس او كتابا في يد جاهل وليس في ابائه من هو اهل
لذلك لا يسعه ان يشهد له قالوا ويحتمل ان يكون هذا تفسيرا لاطلاق محمد رحمه الله بقوله وسعك ان تشهد انه له

وقال الشافعي دليل الملك اليد مع التصرف وبه قال الخصاف لان اليد متنوعة الى ملك ووديعة وعارية واجارة
ورهن فلا يتميز الا بالتصرف قلنا التصرف ايضا متنوع الى وكالة واصالة وشرط البعض التصرف مع اليد وان يقع
في قلبه انه له لان الاصل في الشهادة الاحاطة والتيقن لما بينا وجوابه ان العلم القطعي متعذر فيشترط فيه غاية
ما يمكن وهو اليد لان الملك لا يعرف بالدليل حقيقة وان رآه يشتريه لاحتمال ان البائع لا يملكه فيكتفى بظاهر اليد
تيسيرا اذ الاصل ان تكون الاملاك في يد ملاكها وكونها في يد غيرهم عارض فرجحنا بالاصل ولهذا يقضي له
القاضي باليد قضاء ترك ثم المسئلة على اربعة اقسام احدها ان يعاين المالك والملك بان عرف المالك باسمه
ونسبه ووجهه وعرف الملك بحدوده وراه في يده بلا منازعة احد ثم رآه في يد غيره بعد جاز له ان يشهد
للاول بالملك اذا ادعاه بناء على يده والثاني ان يعاين الملك دون المالك بان عاين ملكا بحدوده ينسب الى
فلان بن فلان الفلاني وهو لم يعرفه بوجهه ونسبه ثم جاء الذي نسب اليه الملك وادعى ان المحدود ملكه
على شخص حل له ان يشهد استحسانا لان النسب يثبت بالتسامع فصار المالك معلوما بالتسامع والملك بالمعاينة
ولو لم يسمع مثل هذا لضاع حقوق الناس لان فيهم المحجوب ولا يبرز ولا يتصور ان يراه متصرفا فيه وليس هذا
اثبات الملك بالتسامع وانما هو اثبات النسب بالتسامع وفي ضمنه اثبات الملك به وهو لا يمتنع وانما يمتنع
اثباته قصدا والثالث ان لا يعاين الملك ولا المالك ولكن سمع من الناس انهم قالوا لفلان بن فلان ضيعة في قرية
كذا حدودها كذا وهو لا يعرف تلك الضيعة ولم يعاين يده عليها لا يحل له ان يشهد له بالملك والرابع ان يعاين
المالك دون الملك بان عرف الرجل معرفة تامة وسمع ان له في قرية كذا ضيعة وهو لا يعرف تلك الضيعة بعينها
لا يسعه ان يشهد لانه لم يحصل له العلم بالحدود وهو شرط للشهادة على ما بينا وقوله سوى الرقيق اشارة الى انه
لا يجوز له ان يشهد في الرقيق اذا راه في يده لان للرقيق يدا على نفسه حتى اذا ادعى انه حر الاصل كان القول
قوله فلا تثبت لغيره عليه يد على الحقيقة حتى تعتبر لاطلاق الشهادة بالملك ولا يمكن ان يعتبر فيه التصرف وهو
الاستخدام لاطلاق الشهادة لان الحر ايضا يستخدم طايعا كالعبد فلا يصلح دليلا على الملك وفي الكافي عن ابي يوسف ومحمد
انه يجوز له ان يشهد في الرقيق ايضا وفي الكفاية جعل ذلك الذي ابي حنيفة ووجهه ان اليد دليل الملك مطلقا
الا ترى ان من ادعى رقيقا في يد غيره وذو اليد يدعيه لنفسه كان القول للذي اليد لان الظاهر شاهد له بالملك
وهو قيام يده عليه هذا اذا كان الرقيق مميزا يعبر عن نفسه ولم يعرف بالرق وان كان لا يعبر عن نفسه او كان
معروفا بالرق جاز له الشهادة بالملك اذا راه في يده لان الرقيق او الصغير الذي لا يعبر عن نفسه يكون في يد
غيره اذ لا يد له على نفسه فصار كسائر الاموال قال رحمه الله فان فسر للقاضي انه يشهد له بالتسامع او بمعاينة
اليد لا تقبل اي فسر للقاضي انه يشهد بالتسامع في موضع يجوز بالتسامع او فسر انه يشهد له بالملك برويته
في يده لان التسامع والروية في اليد يجوز الشهادة بالملك والقاضي يلزمه القضا بالملك بالشهادة اذا كانت
عن عيان ومشاهدة اي اطلاق لاحتمال المشاهدة فيحمل عليه اما اذا كانت عن تسامع او روية في يده فلا
يزيده علما فلا يجوز له ان يحكم بها الا ترى انه لا يجوز له ان يحكم بسماع نفسه ولو تواتر عنده ولا بروية نفسه
في يد انسان فاولى ان لا يجوز له بسماع غيره او بروية غيره وهذا لان القضا يجب بما يجب به الشهادة وفيما لا يجب
لو يجب فكذا ينبغي ان لا يجوز فيما لا يجوز القضا به الا انا استحسنا في المواضع التي تقدم ذكرها للضرورة التي
ذكرناها وبقي القضا على اصل القياس قال رحمه الله وان شهد انه حضر دفن فلان او صلى على جنازته فهو معاينة
حتى لو فسر للقاضي قبله لانه لم يشهد الا بما علم فوجب قبولها لدخولها تحت قوله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون
وقال تعالى وما شهدنا الا بما علمنا باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل قال رحمه الله ولا تقبل شهادة الاعمى
وقال زفر تقبل فيما جرى فيه التسامع وهو رواية عن ابي حنيفة لانه يساوي البصير في السماع اذ لا خلل في سمعه وقال
ابو يوسف والشافعي يجوز اذا كان بصيرا وقت التحمل لحصول المقصود بالمعاينة وهو العلم والادا يختص بالقول ولسانه

او غايب صح

صحيح فصح والتعريف يحصل بالنسبة كما في الشهادة على الميت ومعاينة ذلك صار حلالا في حقه ولم يقف في
حقه الا الاشارة وذكر الاسم ليقوم مقامها عند تعذرها كما في الشهادة على الميت وقال مالك تقبل شهادته مطلقا
كالبصير ولنا ان الاداء يفتقر الى التمييز بين الخصمين ولا يفرق بينهما الا بالنغمة وفيه شبهة يمكن التحرز عنها
اذ النغمة تشبه النغمة وربما يشتبه عليه التلقين من الخصم فكان فيه شبهة وهذه الشبهة يمكن التحرز عنها
بجنس الشهود والنسبة لتعريف الغايب دون الحاضر فصار كالحدود والقصاص بخلاف وطي امراته حيث يجوز له
مع هذه الشبهة لانه لا يمكن التحرز عنه وفيه ضرورة ايضا لانه يحتاج الى اقتضاء الشهوة وبقاء النسل ولانه
يقبل فيه خبر الواحد فيعتمد على خبر المراة وكذا اذا عمي بعد الاداء قبل الحكم بها لان قيام الاهلية شرط وقت القضا
لتصير حجة فصار كما اذا خرس او جن او فسق او ارتد في تلك والعياذ بالله بخلاف ما اذا ماتوا او غابوا لان
الاهلية تنتهي بالموت وبالغيبة باقية على حالها قال رحمه الله والمملوك والصبي لان الشهادة من باب الولاية
لانه تنفيذ القول على الغير وليس معنى الولاية سوى هذا والاصل ولاية المرء على نفسه ولا ولاية لهما على انفسهما
فاولى ان لا يكون لهما الولاية على الغير قال رحمه الله الا ان يتحملا في الرق والصغر واديا بعد الحرية والبلوغ لانهما اهل
للتحمل لان التحمل بالمشاهدة والسماع ويبقى الى وقت الاداء بالضبط وهما لا ينافيان ذلك وعند الاداء هما اهل الشهادة
قال رحمه الله والمحدود في قذف وان تاب لقوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا واولئك هم الفاسقون وقال الشافعي
تقبل شهادته اذا تاب لقوله تعالى الا الذين تابوا والاستثناء اذا تعقب جملا بعضها معطوفة على بعض ينصرف الى الكل
كقول القايل امراته طالق وعبده حر وعليه حجة الا ان يدخل الدار فهو منصرف الى جميع ما تقدم ولان هذا افتراء
على عبد من عباد الله والافترا على الله تعالى وهو الكفر لا يوجب رد الشهادة على التابيد بل اذا اسلم تقبل شهادته ولانه
لو تاب قبل اقامة الحد عليه تقبل شهادته ولا جائز ان يكون اقامة الحد عليه هي الموجبة لرد الشهادة لانه فعل الغير
به وهو مطهر ايضا فلا يصلح مناطا لرد الشهادة فتعين الرد لفسقه ولنا ما تلونا وجهه ان الله تعالى رد
شهادته على التابيد حيث قال ابدا ومن قال هو موقت الى وجود التوبة يكون رادا لما اقتضاه النص فيكون مردودا عليه
فهذا لا يمتنع في العطف والقياس على الكفر وغيره من الجرايم لا يجوز لان القياس المخالف للنص لا يصح ولان رد الشهادة
معطوف على الجلد المتقدم وهي حد فكذا هذا فصار من تمام الحد اذ العطف للاشتراك وتغايرهما بالامر
والنفي لا يمنع من ذلك كقولهم اجلس ولا تتكلم فكان الكل جزاء جريمته ولا نسلم ان الجملة الاخيرة معطوفة على ما قبلها
لان ما قبلها حدود ولهذا امر الايمة به وقوله تعالى واولئك هم الفاسقون ليس بحد وانما هو اخبار عن وصف
قايم بالذات فلا يصلح حدا لان الحد يقع بفعل الايمة لا بوصف قايم بالذات فلا ينصرف الاستثناء الى الجميع
ولو انصرف لبطل الحد ولم يقل به احد فتبين بهذا ان الواو في قوله تعالى واولئك هم الفاسقون واو نظم لا واو
عطف فيكون منقطعا عن الاول فينصرف الاستثناء الى ما يليه ضرورة كقوله تعالى والراسخون في العلم الاية الا ترى انه لا
يصلح جزاء الجريمة والجلد ورد الشهادة يصلحان جزاء لان كل واحد منهما هو لم زاجر عن ارتكاب هذه الجريمة فصار
رد الشهادة قطعا للالة الجانية معنى وهي اللسان كقطع اليد حقيقة في السرقة فصار الرد من تمام الحد والحد
لا يرتفع بالتوبة فاذا لم تكن الواو للعطف لا ينصرف الاستثناء الى الجميع بخلاف ما ذكر من المثال لان الواو فيه للعطف
الا ترى ان كلها جمل انشائية فتتوقف كلها على اخرها حتى اذا وجد المغير في الاخر تغير الكل والقياس على الكفر
وغيره ممتنع لفقد شرطه وهو ان لا يكون في الفرع نص يمكن العمل به وهنا نص على التابيد فكيف يمكن القياس عليه
ولا جائز ان يكون رد شهادته لفسقه لان الثابت بالنص في خبر الفاسق هو التوقف بقوله ان جاءكم فاسق بنبإ
فتبينوا لا الرد ولانه لو كان الرد لاجل فسقه للزم عطف العلة على حكمها وهو لا يجوز فتبين بهذا ان رد الشهادة
لاجل انه حد لا للفسق ولهذا لو اقام اربعة بعد ما حد على انه زنى تقبل شهادته بعد التوبة في الصحيح لانه
بعد اقامة البينة لا يحد فكذا لا ترد شهادته قال رحمه الله الا ان يحد الكافر في قذف ثم اسلم تقبل شهادته بعد

بل ينصرف الى ما يليه وهو قوله تعالى واولئك
هم الفاسقون اذ القاذفون من جملة
الفاسقين الا ان يتوبوا مستخلص

اي عاريا في سجود
خبر

الاسلام لان هذه شهادة استفادها بعد الحد بالاسلام فلم يلحقها رد لان التي ردت غير هذه الا ترى ان المردودة
لا تقبل على المسلم وهذه تقبل فيرد الاولى لا تردد الثانية بخلاف العبد اذا حد ثم اعتق حيث لم تقبل شهادته لانه
لم يكن له شهادة على احد وقت الجلد فلم يتم الرد الا بعد الاعتاق في حقه فلا يتصور قبولها من غير اقامة البينة
على المقذوف انه زنى على ما مر وهذا لان الرد من تتمة الحد فتم في الكافر في حال كفره وفي العبد لم يتم الا بعد الحرية
ولو ضرب الذمي في حد القذف سوطا فاسلم ثم ضرب الباقي بعد الاسلام تقبل شهادته لان رد الشهادة من تمام
الحد والموجود بعد الاسلام ليس بحد بل هو بعضه فلا يترتب عليه رد الشهادة وعن ابي حنيفة رحمه الله اذا ضرب
السوط الاخير بعد الاسلام لا تقبل شهادته لان الحكم اذا تعلق بعلة ذات اجزاء تعلق الحكم بالجزء الاخير لما عرف
في موضعه وعنه انه اذا ضرب الاكثر بعد الاسلام لا تقبل شهادته وان كان دون ذلك تقبل لان الاكثر حكم الكل
وفي المبسوط لا تسقط شهادة القاذف ما لم يضرب تمام الحد لان اقامة الحد مسقطة للشهادة والحد لا يتجزى
فما دونه لا يكون حدا بل يكون تعزيرا وهو لا يسقط الشهادة وروي عنه انها تسقط اذا اقيم عليه الاكثر وروي
عنه اذا ضرب سوطا سقطت شهادته وهي نظير مسئلة اسلام الذمي في حالة الحد على ما بينا قال رحمه الله والولد
لابويه وجديه وعكسه واحد الزوجين للاخر والسيد لعبده ومكاتبه لقوله عليه السلام لا تقبل شهادة الوالد لولده
ولا الولد لوالده ولا المراة لزوجها ولا الزوج لامراته ولا العبد لسيده ولا المولى لعبده ولا الاجير لمن استاجره
لان المنافع بين هولاء متصلة ولهذا لا يجوز اداء بعضهم الزكاة الى بعض فتكون شهادته لنفسه من وجه فلا
تقبل ولا فرق بين ان يكون على العبد دين او لم يكن لان له حقا في ماله كيف ما كان والمراد بالاجير في الحديث التلميذ
الخاص الذي يعد ضرر استاذه ضرر نفسه ونفعه نفع نفسه وهو معنى قوله عليه السلام لا شهادة للقانع باهل البيت
واصل القنوع السوال والمراد من يكون تبعا للقوم كالخادم والاجير والتابع لانه بمنزلة السائل يطلب معاشه
معهم وهو من القنوع لا من القناعة وقيل المراد به الاجير مشاهرة لانه اجير خاص فيستوجب الاجر على منافعه فاذا
شهد له في مدة الاجارة يكون كانه شهد له باجر ومالك يخالفنا في الولاد وهو يعتبرها بالشهادة عليهم
والشافعي يخالفنا في الزوجين فيقول لا قرابة بينهما والزوجية قد تكون سببا للتنافر والعداوة وقد تكون
سببا للميل والايثار فصارت نظير الاخوة ولهذا اجرى القصاص بينهما والحبس بالدين ولا معتبر بالمنفعة
الثابتة ضمنا كما في الغريم اذا شهد لمديونه المفلس ولنا ما رويناه من الحديث وما بيناه من المعنى وهو ان
المنافع بينهما متصلة ولهذا يعد احدهما غنيا بغنى صاحبه وقيل هو المراد بقوله تعالى ووجدك عائلا فاغنى
اي بمال خديجة فاذا كان هذا في الزوجين ففي الولاد اولى وروي ان الحسين بن علي رضي الله عنهما شهد لعلي مع قنبر
عند شريح بدرع له فقال شريح لعلي ايت بشاهد اخر فقال مكان الحسين او مكان قنبر فقال لا بل مكان الحسين
قال اما سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول الحسن والحسين هما سيدا شباب اهل الجنة قال سمعت لكن ايت
بشاهد اخر القصة الى اخرها وفيها انه استحسنه وزاده في الرزق ومثل هذا لا يقدح في العدالة لانه اعلا لا يجوز
لكونه شهادة لنفسه من وجه وشهادة المرء لنفسه غير مقبولة قال رحمه الله والشريك لشريكه فيما هو من شركتهما لانه
شهادة لنفسه من وجه لاشتراكهما وهذا لانه يصير شاهدا لنفسه في البعض وشهادة المرء لنفسه غير مقبولة فاذا
بطل في نصيبه بطل في نصيب شريكه ايضا لانها شهادة واحدة فلا تتجزى ولو شهد له بما ليس من شركتهما تقبل
لانتفاء التهمة قال في النهاية هذا في حق الشريكين شركة عنان ظاهر واما شهادة احد المتفاوضين لصاحبه فلا
تقبل الا في الحدود والقصاص والنكاح لان ما عداها مشترك بينهما وهذا سهو فانه لا يدخل في الشركة الا الدراهم
والدنانير ولا يدخل فيها العقار ولا العروض ولهذا قالوا لو وهب لاحدهما مال غير الدراهم والدنانير لا تبطل
الشركة لان المساواة فيه ليس بشرط قال رحمه الله ومخنث اي لا تقبل شهادته وهو الذي في كلامه لين وتكسر ومراده
اذا كان يتعمد ذلك تشبها بالنساء وفي عرف الناس هو الذي يباشر الرديء من الافعال ومن يلين كلامه عمدا كل ذلك معصية

لا فاسق

وهو معتوق لعلي رضي الله عنه

العبد اذا حد في قذف ثم اعتق رد على ما بعد العتق

الولد يشهد لوالده الله عنه ما لك

فلا تقبل شهادته لقوله عليه السلام لعن الله المؤنثين من الرجال والمذكرات من النساء اما اذا كان في كلامه لين وفي اعضائه
تكسر خلقة ولم يشتهر بشيء من الافعال الردية فهو عدل مقبول الشهادة **قال رحمه الله** ولا نائحة ولا مغنية لانه عليه السلام
نهى عن الصوتين الاحمقين المغنية والنائحة اطلقه في حق المراة ولم يقيده بكونها تغني للناس وقيده به في حق
الرجل لان نفس رفع الصوت حرام في حقها بخلاف الرجال على ما بين قالوا المراد بالنائحة هي التي تنوح في مصيبة غيرها
لانها ترتكب المحظورات لاجل الطمع في المال وتجعله مكسبة اما التي تنوح في مصيبتها فلا تسقط عدالتها **قال رحمه الله**
والعدو ان كانت عداوة دنيوية لان المعاداة لاجل الدنيا حرام فمن ارتكبها لا يؤمن من التقول عليه واما
اذا كانت العداوة دينية فتقبل شهادته لانها تدل على قوة دينه وعدالته وهذا لان المعاداة
قد تكون واجبة بان راى فيه منكرا شرعا ولم ينته بنهيه والذي يوضح لك هذا المعنى ان المسلمين مجمعون على
قبول شهادة المسلم على الكافر والعداوة الدينية قائمة بينهما فلو كانت مانعة لما قبلت **قال رحمه الله** ومدمن الشرب
على اللهو اي مداوم شرب الخمر لاجل اللهو لان شربها كبيرة وفي الكافي قال انما شرط الادمان ليكون ذلك ظاهرا
منه فان من شرب الخمر سرا ولا يظهر ذلك منه لا يخرج من ان يكون عدلا وان شربها كثيرا وانما تسقط عدالته اذا كان
ذلك يظهر منه او يخرج سكران فيلعب به الصبيان فانه لا مروة لمثله ولا يحترز عن الكذب عادة وقال في النهاية
اطلاق الشرب على اللهو في حق المشروب ليتناول جميع الاشربة المحرمة من الخمر والسكر وغيرهما فان الادمان شرط في الخمر
ايضا في حق سقوط العدالة وذكر في فتاوى قاضيخان لا تقبل شهادة مدمن الخمر ولا مدمن السكر لانه كبيرة ثم ذكر
مثل ما ذكر في الكافي وذكر في النهاية معزيا الى الذخيرة لا تجوز شهادة مدمن الخمر ثم قال شرط الادمان ولم يرد به
الادمان في الشرب وانما اراد به الادمان في النية يعني يشرب ومن نيته ان يشرب بعد ذلك اذا وجده ولا تجوز
شهادة مدمن السكر واراد به السكر بسائر الاشربة سوى الخمر لان المحرم في سائر الاشربة السكر فشرط الادمان على السكر
والمحرم في الخمر نفس الشرب فشرط الادمان على الشرب وكذلك من يجلس مجالس الفجور والشرب لا تقبل شهادته وان لم
يشرب لانه تشبه بهم ولم يحترز ان يظهر عليه ما يظهر عليهم فلا يحترز عن شهادة الزور **قال رحمه الله** ومن يلعب بالطيور
لانه من اللهو ويقال بالطيور وهو ايضا مثله ويورث الغفلة ايضا وقد قال عليه السلام ما انا من دد ولا الدد مني
ولان الغالب فيه ان يصعد الى السطوح فيطير طيره فينظر الى عورات النساء وهو فسق ولو كان يقتني الحمام في بيته
ليستانس به ولا يطير فلا باس به ولا تسقط عدالته عندنا لان امساك الحمام في البيوت مباح الا ترى ان الناس
يتخذون بروج الحمام من غير نكير الا اذا كانت تجر حمامات اخر مملوكة لغيره فتفرخ في وكرها فياكل ويبيع منه لانه
مملوك الغير فلا يحل له ذلك وتسقط عدالته **قال رحمه الله** او يغني للناس لانه يجمع الناس على اللهو واللعب ولا يخلو
عادة عن ارتكاب كبيرة بالمجازفة والكذب وقيده بكونه يغني للناس اي يسمعهم لانه لو كان لاسماع نفسه حتى يزيل
الوحشة عن نفسه من غير ان يسمع غيره لا باس به ولا تسقط عدالته في الصحيح لما روي ان البراء بن مالك دخل عليه
اخوه انس بن مالك وهو يغني والبراء بن مالك من زهاد الصحابة رضي الله عنهم ولان انشاد شعر فيه وعظ وحكمة
ضرورة جايز بالاتفاق وان كان فيه ذكر امراة معينة فان كانت ميتة او كان فيه ذكر امراة غير معينة فلا باس به وان
كانت معينة وهي حية يكره ومن المشايخ من اجاز الغناء في العرس الا ترى انه لا باس بضرب الدف فيه اعلانا
للنكاح وقال عليه السلام اعلنوا النكاح ولو بالدف ومن مشايخنا من قال اذا كان يتغنى ليستفيد به نظم القوافي
ويصير به فصيح اللسان لا باس به ومن المشايخ من كرهه مطلقا ومن الناس من اباحه مطلقا ونحن بينا الصحيح
من الاقاويل بمحاسنه **قال رحمه الله** او يرتكب ما يوجب الحد لانه من الكبائر ومن يرتكبها لا يبالي بالكذب وكل
من يرتكب الكبائر ترد شهادته واختلفوا في الكبيرة قال اهل الحجاز واهل الحديث هي السبع المذكورة في الحديث
المشهور وهي الاشراك بالله والفرار من الزحف وعقوق الوالدين وقتل النفس بغير حق وبهت المؤمن والزنا
وشرب الخمر وزاد بعضهم عليها اكل الربا واكل مال اليتيم بغير حق وقال بعضهم ما ثبت حرمته بدليل مقطوع به

فهو كبيرة وقال بعضهم ما فيه حد او قتل فهو كبيرة وقيل كل ما اصر عليه المرء فهو كبيرة وما استغفر عنه فهو صغيرة
لقوله عليه السلام لا صغيرة مع الاصرار ولا كبيرة مع الاستغفار وقال بعضهم كل ما كان عمدا فهو كبيرة والاوجه
ما ذكره المتكلمون ان الكبيرة والصغيرة اسمان اضافيان لا يعرفان بذاتهما وانما يعرفان بالاضافة فكل ذنب اذا
نسبته الى ما دونه فهو كبيرة واذا نسبته الى ما فوقه فهو صغيرة وقال بعضهم كل معصية اوعد عليها في القران
او في الحديث المشهور تمنع قبول الشهادة لان شاهد الزور موعود عليه فمن يرتكب مثله من الذنوب يرتكبه
فصلح دليلا على ارتكابه الكذب لان من ارتكب شيئا من المحرمات ارتكب نظيره عادة وقيل اذا ارتكب ما يكون
شنيعا عادة فليس بعدل وقيل ما كان حراما لعينه فكبيرة والا فصغيرة وقيل ما سمي في الشرع فاحشة فكبيرة
قال رحمه الله او يدخل الحمام بغير ازار لان كشف العورة حرام وقال عليه السلام لعن الله الناظر والمنظور ورأى ابو حنيفة
رجلا في الحمام بغير ازار فقال يا ايها الانسان خافوا الله لكم ولا تدخلوا الحمام من غير ميزر وذكر الكرخي ان من يمشي
في الطريق بالسراويل وحده ليس عليه غيره لا تقبل شهادته لانه تارك للمروة **قال رحمه الله** او ياكل الربوا لانه من الكبائر
وشرط في الاصل ان يكون مشهورا به وذلك بالادمان لانه لا يمكنه التحرز عن العقود الفاسدة وهو ربوا بخلاف
اكل مال اليتيم حيث لا يشترط فيه الادمان لان التحرز عنه ممكن ولانه لم يدخل في ملكه وفي الربوا دخل فيشترط
فيه الادمان **قال رحمه الله** او يقامر بالنرد او الشطرنج او تفوته الصلاة بسببهما لان كل ذلك فسق وكذا اذا كان يكثر
عليه الحلف كاذبا لان كل ذلك من الكباير وقالوا في النرد ترد شهادته بمجرد اللعب فيه من غير اشتراط القمار
وغيره لان نفس اللعب فيه فسق وقال عليه السلام ملعون من يلعب بالنرد ومن يكون ملعونا لم يكن عدلا بخلاف
الشطرنج لان للاجتهاد فيه مساغا فلا ترد شهادته ما لم يوجد احد المعاني الثلاثة التي ذكرناها انفا
قال رحمه الله او يبول او ياكل على الطريق او يظهر سب السلف يعني الصالحين منهم وهم الصحابة والتابعون والعلماء
كابي حنيفة واصحابه لان هذه الاشياء تدل على قصور عقله وقلة مروته ومن لم يمتنع من مثلها لا يمتنع عن الكذب
عادة بخلاف ما اذا كان يخفي السب وكذا لا تقبل شهادة من ياكل في السوق بين ايدي الناس لما ذكرنا وقال بعض
المشايخ لا تقبل شهادة اهل الحرف لكثرة الايمان الفاجرة منهم واكثرهم على انها تقبل شهادة من عرف منهم بالعدالة
ولا تقبل شهادة من يكثر شتم اهله ولا من يشتم الناس **قال رحمه الله** وتقبل لاخيه وعمه ومن ابويه رضاعا وام امراته وبنتها
وزوج بنته وامراة ابيه وابنه لان الاملاك بينهم متميزة والايدي متحيزة ولا بسوطة لبعضهم في مال البعض
فلا تتحقق التهمة بخلاف شهادته لقرابته ولاد او لاحد الزوجين للاخر على ما بينا **قال رحمه الله** واهل الاهواء الا
الخطابية وقال الشافعي لا تقبل شهادة اهل الاهواء لانهم فسقة اذ الفسق من اهل الاعتقاد اغلظ من الفسق
من حيث التعاطي ولا شهادة للفاسق ولنا ان الفاسق انما ترد شهادته لتهمة الكذب والفسق من حيث الاعتقاد
لا يدل على ذلك بل ربما يمنعه منه لانه يدين به الا ترى ان منهم من يكفر بالذنب ومنهم من يجعل منزلته بين الايمان
والكفر فيكون هو اقوى اجتنابا عن الكذب حذرا عن الخروج عن الدين ولانه مسلم عدل لا يتعاطى الكذب
فوجب قبول شهادته قياسا على غير صاحب الهوى وهواه عن تاويل وتدين فلا تبطل عدالته به كمن يستبيح
المثلث او متروك التسمية واستدل محمد رحمه الله على قبول شهادتهم فقال ارايت ان اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم
ساعدوا معاوية على مخالفة علي رضي الله عنه لو شهدوا بين يدي علي اكان يرد شهادتهم ومخالفة علي بعد
عثمان بدعة وهوى فكيف الخروج عليه بالسيف ولما كان عنده تاويل وتدين لم يمنع قبول شهادته وشرط
في الذخيرة لقبول شهادته ان يكون هوى لا يكفر به صاحبه وفي النهاية ان اصول اهل الاهواء ستة
الجبر والقدر والرفض والخروج والتشبيه والتعطيل ثم كل واحد يصير اثنى عشر فرقة والخطابية قوم
من الروافض ينسبون الى ابي الخطاب محمد بن وهب الاجدع ليستجيزون ان يشهدوا للمدعي اذا حلف عندهم
انه محق ويقولون المسلم لا يحلف كاذبا فباعتقادهم هذا تمكنت شبهة في شهادتهم فلعله اقدم على الشهادة

بهذا الطريق وقيل انهم يعتقدون ان من ادعى منهم شيئا على غيره يجب ان يشهد له بقية شيعته وذكر الاقطع
انهم قوم ينسبون الى ابي الخطاب رجل كان بالكوفة قتله عيسى بن موسى وصلبه بالكناس لانه كان يزعم ان
علي بن ابي طالب الاله الاكبر وجعفر الصادق الاله الاصغر قال رح والذمي على مثله وقال الشافعي ومالك لا تقبل شهادة
الذمي على ذمي مثله ولا على الحربي لانه فاسق قال الله تعالى فسقهم في ايات من القران وهو اغلظ من الفسق تعاطيا
فكان اولى برد شهادته ولان الله تعالى قال ممن ترضون من الشهداء والكافر غير مرضي ولان شهادة الرقيق ترد لما
ان الرق اثر الكفر فكيف تقبل شهادة من به حقيقة الكفر ولان قبول شهادته تؤدي الى الزام الحاكم القضاء بشهادته
لا يجوز ان يلزم المسلم بشهادة الكافر ولهذا لا تقبل شهادته على المسلم بالاجماع كيلا يلزمه شيء يتضرر به
بشهادة الكافر ولانهم لا يجتنبون الكذب فان الله تعالى اخبر عنهم انهم ينكرون الايات عنادا مع علمهم بانه حق قال
الله تعالى وجحدوا بها واستيقنتها انفسهم ظلما وعلوا فكان ذلك كذبا منهم والكذاب لا تقبل شهادته فلم يكن
اهلا لها كالمرتد ولانه ليس باهل الشهادة على المسلم فكذا على الكافر كالعبد لان من كان اهلا لها لا يختلف بين شخص
وشخص وقال ابن ابي ليلى ان اتفقت مللهم تقبل شهادة بعضهم على البعض وان اختلفت لا تقبل لقوله عليه السلام
لا شهادة لاهل ملة على اهل ملة اخرى الا المسلمون فان شهادتهم مقبولة على اهل الملل كلهم ولنا ما روي انه عليه السلام
رجم يهوديين بشهادة يهود عليهما بالزنا وعن ابي موسى الاشعري وجابر بن عبد الله انه عليه السلام اجاز شهادة
النصارى بعضهم على بعض وعليه اجماع السلف وقوله تعالى او اخران من غيركم اي من غير اهل دينكم وهو مبني على قوله
يا ايها الذين امنوا فقد نص على ان شهادة الكافر مقبولة في وصية المسلم وفي وصية الكافر اولى ثم المسامحة
في حق المسلم لاجل ان ولايتهم على المسلمين انتسخت لا يدل على انتساخه في حق الكافر لبقاء ولاية بعضهم على بعض
لقوله تعالى والذين كفروا بعضهم اولياء بعض والمراد به الولاية دون الموالاة لانه معطوف على قوله ما لكم من
ولايتهم من شيء فاذا بقيت ولاية بعضهم على بعض بقيت الشهادة ايضا لانها نوع ولاية لما فيها من الزام
الغير فدل ذلك على ان الاية غير منسوخة في حقهم وكيف يقال ذلك وقد عمل بها بعض الصحابة في حق المسلمين
ايضا فان ابا موسى الاشعري رضي الله عنه امضى شهادة الكافرين في وصية المسلم فيما رواه ابو داود والدارقطني وقالت
عايشة رضي الله عنها لجبير بن نفير هل تقرا سورة المائدة قال نعم قالت انها اخر سورة انزلت فما وجدتم فيها من حلال نفير
فاحلوه وما وجدتم فيها من حرام فحرموه رواه احمد فهذا يدل على انها ليست بمنسوخة في حق المسلم ايضا
والفسق من حيث الاعتقاد لا يمنع القبول لانه يمتنع عن محظور دينه اشد الامتناع والكذب محظور في الاديان
كلها والرضا ثبت في حق الكافر في حق المعاملات بصفة الامانة لان الله تعالى وصفهم بذلك فقال ومن اهل الكتاب من ان
تامنه بقنطار يؤده اليك فخرجت الاية مخرج الوصف لهم بالامانة والامانة مرضية وان لم يكن الكافر مرضيا
لكفره ولما كان مرضيا في المعاملات كان مرضيا في الشهادة لانها من اداء الامانة والفرق بينه وبين العبد ان
العبد ليس من اهل الولاية على احد كالصبي والشهادة من باب الولاية والكافر اهل الولاية على جنسه فيكون
اهلا للشهادة ايضا على جنسه والقاضي لم يلزمه القضاء بقول الكافر وانما الزمه بالتقليد عند قيام الحجة و
القضاء امانة عنده فيجب عليه اداؤه كما يلزمه النظر للغيب والصغار منهم ومن المسلمين من غير ان ينظر باي سبب
وجب لهم الحق وامتناعهم عن الكذب مشاهد والعناد والجحود الذي ذكره الخصم في حق من كان في ذلك الزمان
مع علمهم لا يوجب ان يكون من في عصرنا منهم ان يكون عالما بالحق بل الظاهر انه يعتقد الكفر حقا لجهله به
وبعلم الاسلام وقد كان في ذلك الزمان ايضا منهم لا يعلم الا ترى الى قوله تعالى ومنهم اميون لا يعلمون الكتاب الا اماني
وقال تعالى وان فريقا منهم ليكتمون الحق وقولهم من كان اهلا للشهادة لا يختلف بين شخص وشخص قلنا انما اختلفت
شهادته بين المسلم والكافر لما ذكرنا ومثل هذا غير منكر شرعا الا ترى ان شهادة المسلم على عدوه لا تقبل وعلى غيره تقبل
وكذا شهادته لقرابته وولاده لا تقبل ولغيره تقبل فلا يبعد ان تختلف الشهادة بالنسبة الى شخص للتهمة فكان اهلا

تعالى صح

والمرتد لا ولاية له على احد فلا تقبل شهادته على احد كالعبد والصبي ومثل الكفر كله ملة واحدة فتقبل شهادة
بعضهم على بعض وان اختلفت مللهم لان بعضهم ليس في حق بعض فلا يؤدي الى التقول عليهم قال رح والحربي على مثله
لا على الذمي لانه لا ولاية له على الذمي وله ولاية على الحربي والذمي اعلى حالا منه لانه من اهل دارنا فقارنت شهادة
عليه ولا تجوز شهادة الحربي على الذمي والحربي مثل الحربي فتجوز شهادة احدهما على الاخر الا اذا كانا من دارين
مختلفين كالروم والترك والحبش لانقطاع الولاية بينهما ولهذا لا يتوارثان والدار تختلف باختلاف المنعة والملك
لانقطاع النصرة بينهما واستباحة كل واحد منهما دم الاخر وماله قال رح ومن الم بصغيرة ان اجتنب
الكبائر اي تقبل شهادة من عصى معصية صغيرة بشرط ان يجتنب الكبائر والالمام الصغيرة والمراد اذا اذنب ما دون
الفواحش وتقبل شهادته اذا اجتنب الكبائر كلها وكانت حسناته اغلب من سيئاته وقد مضى ذكر الكبائر
والصغائر وحقيقة الكلام في العدالة والاصل ان العدالة شرط لقبول الشهادة وهي الاستقامة يقال طريق عدل
للجادة والاستقامة بالاسلام واعتدال العقل ويعارض العقل هوى يضله ويصده عن الاستقامة وليس
لكمال الاستقامة حد يدرك مداه ويكتفى لقبول الشهادة بادناه كيلا يؤدي الى تضييع الحقوق وادناه
رجحان جهة الدين والعقل على الهوى والشهوة واختلفوا في ذلك فقيل من ارتكب كبيرة او اصر على صغيرة
سقطت عدالته وصار متهما بالكذب لظهور رجحان الهوى على العقل واحسن ما قيل فيه ما نقل عن ابي يوسف
ان العدل في الشهادة ان يكون مجتنبا عن الكبائر ولا يكون مصرا على الصغائر ويكون صلاحه اكثر من فساده وصوابه
اكثر من خطائه لان الصغيرة تكون كبيرة بالاصرار عليها ولا يوثق بكلام من كثر منه الخطاء والفساد فلم يوجد ما
يدل على الاجتناب عن الكذب والالمام من غير معصية اصرار لا يقدح في العدالة اذ لا يوجد من البشر من هو
معصوم سوى الانبياء عليهم السلام فيؤدي اشتراط العصمة الى سد باب الشهادة وهو مفتوح لقوله تعالى وكذلك
جعلناكم امة وسطا لتكونوا شهداء على الناس اي عدولا ولقوله عليه السلام المسلمون عدول بعضهم على بعض
الا محدودا في قذف قال رح والاقلف لاطلاق النصوص من غير تقييد بالختان ولانه لا يخل بالعدالة حتى اذا
تركه لعذر به من كبر او من خوف هلاك وان تركه من غير عذر استخفافا بالدين لا تقبل شهادته لانه لم يبق
عدلا مع الاستخفاف بالدين وعن ابن عباس انه لا تقبل شهادته وهو محمول على ما اذا تركه استخفافا بالسنة
ولم يقدر ابو حنيفة الختان وقتا معلوما لانه لم يرد فيه كتاب ولا سنة ولم ينقل فيه اجماع الصحابة رضي الله عنهم
وطريق معرفة المقادير السماع وليس للراي فيه مدخل وقدره المتاخرون واختلفوا في وقته فقال بعضهم
وقته من سبع سنين الى عشر سنين وقال بعضهم اليوم السابع من ولادته او بعد السابع بعد ان يكون الصبي
محتملا ولا يهلك به لما روي ان الحسن والحسين رضي الله عنهما اختتنا في اليوم السابع او بعد السابع ولكنه شاذ
وهو سنة للرجال عندنا دون النساء وقال بعض العلماء انه فرض ولنا قوله عليه السلام الختان للرجال سنة
وللنساء مكرمة قال الحلواني رح كان النساء يختتن في زمن اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وانما كان ذلك مكرمة
لانها تكون الذ عند المواقعة قال رح والخصي وولد الزنا والخنثى لتحقق العدالة منهم لان قطع العضو
او زيادته او جناية ابويه لا توجب قدحا في العدالة وقبل عمر رضي الله عنه شهادة علقمة الخصي والخنثى اما
رجل او امراة وشهادة الجنسين مقبولة ثم هو ان لم يكن مشكلا فلا اشكال فيه وان كان مشكلا فيجعل امراة
في حق الشهادة احتياطا حتى لا يجوز ان يشهد مع رجل ما لم ينضم اليه امراة ولا مع النساء بلا رجل معهن
قال رح والعمال والمراد به عمال السلاطين الذين ياخذون الحقوق الواجبة كالخراج والجزية والصدقات
عند عامة المشايخ وقيل هم الامراء وقيل هم الذين يعملون بايديهم ويوجرون انفسهم وانما كانوا تقبل
شهادتهم لان نفس العمل ليس بفسق وبعض اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم بل اكثرهم كانوا عمالا لان العمل عبادة
وله الاجر على ذلك الا اذا كانوا اعوانا على الظلم وقيل اذا كان العامل وجيها في الناس ذا مروءة لا يجازف

في كلومه تقبل شهادته كما مر عن ابي يوسف رحمه الله في الفاسق لانه لمهابته لا يتجاسر احد على استيجاره على الشهادة
الكاذبة ولوجاهته لا يقدم على الكذب حفظا للمروءة وروى ان فضل بن الربيع وزير الخليفة شهد عند
ابي يوسف رحمه الله في حادثة فرد شهادته فشكاه الى الخليفة فقال الخليفة ايها القاضي ان وزيري رجل دين لا
يشهد بالزور فلم رددت شهادته قال لاني سمعته يوما قال للخليفة انا عبدك فان كان صادقا فلا شهادة
للعبد وان كان كاذبا فكذلك ايضا لانه اذا كان لا يبالي بالكذب في مجلسك فلا يبالي بالكذب في مجلسي ايضا
فعذره الخليفة فيه وفي الكافي هذا كان في زمانهم لان الغالب عليهم الصلاح وفي زماننا لا تقبل شهادة العمال
لغلبة ظلمهم وذكر في النهاية معزيا الى الجامع الصغير للبزدوي ان من قام بتوزيع هذه النوائب على المسلمين
بالقسط والعدل كان ماجورا وان كان اصله من جهة باطلة ثم قال فعلى هذا ينبغي ان تقبل شهادة من قام بالتوزيع
ولو كان مجازفا وان كان المراد بالعمال اهل الحرف فقد ذكرنا حكمهم فيما تقدم وبائع الكفن قالوا لا تقبل شهادته لانه
يتمنى كثرة الموت بالطاعون وغيره وفي النهاية شهادة البخيل لا تقبل والظاهر ان المراد به من بخل بالواجبات كالزكاة
ونفقة الزوجات والاقارب قال رحمه الله والمعتق للمعتق اي تقبل شهادة المعتق للذي اعتقه وكذا بالعكس لعدم
التهمة وقد بينا ان قنبرا والحسين شهدا لعلي عند شريح فقبل شهادة قنبر وهو كان عتيق علي رضي الله عنهم اجمعين قال رحمه الله
ولو شهدا ان اباهما اوصى اليه والوصي يدعي جاز وان انكر لا كما لو شهدا ان اباهما وكله بقبض ديونه وادعى الوكيل
او انكر يعني اذا مات رجل وترك ابنين فادعيا ان اباهما اوصى الى رجل والرجل يدعي الوصية جازت شهادتهما
وان انكر الرجل الوصية لا تقبل شهادتهما كما لا تجوز شهادتهما ان اباهما الغائب قد وكل هذا الرجل بقبض ديونه
سواء ادعى الرجل الوكالة او انكر والقياس ان لا تجوز الوصية ايضا وان ادعى وكذا اذا شهد الموصى لهما او لهما
او الغريمان لهما عليه دين او عليهما له دين انه اوصى الى هذا الرجل تجوز هذه الشهادة استحسانا والقياس ان لا
تجوز لانها تجر منفعة الى الشاهد باقامة من يحفظ ماله او من يستوفي منه او تبرأ ذمته بالتسليم اليه او من يعينه
بالقيام على الوصية والشهادة التي تجر منفعة لا تقبل فصار نظير مسئلة الوكالة وجه الاستحسان ان للقاضي
ولاية نصب الوصي اذا كان الوصي طالبا وكان الموت معروفا فيكتفي القاضي بهذه الشهادة مؤنة التعيين وتزكيته
بشهادتهما اذ لولا شهادتهما كان يتامل فيمن يعين وفيمن يصلح فيعين من تثبت صلاحيته نظرا للميت وان لم يوص
لانه نصب ناظرا فلم يثبت بهذه الشهادة شيء لم يكن له فعله ونظيرها القرعة فانها ليست بموجبة شيئا لم يكن
له لولا القرعة ومع هذا جاز استعمالها تطييبا للقلوب ونفيا للتهمة عن القاضي ولا يقال اذا كان للميت
وصيان لا يحتاج القاضي الى وصي ثالث فكيف يصح ما قلتم لانا نقول اذا اقر الوصيان ان معهما ثالثا كان له
ان يضم اليهما ثالثا لعجزهما عن القيام بامور الميت باقرارهما ان معهما ثالثا بخلاف ما اذا كان الوصي جاحدا لان القاضي
لا يملك اجبار احد على قبول الوصية وبخلاف ما اذا لم يكن الموت ظاهرا لانه حينئذ لا يملك القاضي نصب
الوصي لا بهذه البينة فتصير الشهادة موجبة على القاضي فتبطل لمعنى التهمة وهو جر المنفعة الى الشاهد على ما بينا
وبخلاف مسئلة الوكالة لان فيما اذا اقام شخصان البينة ان اباهما الغائب وكل فلانا بقبض حقوقه حيث لا تقبل
وان اقر الوكيل بذلك لان القاضي لا يملك نصب الوكيل عن الغائب فلو ثبت لثبت بشهادتهما وهي غير موجبة
لاجل التهمة فبطلت وفي الكافي في الغريمين للميت عليهما دين تقبل شهادتهما وان لم يكن الموت ظاهرا لانهما
يقران على انفسهما بثبوت ولاية القبض للمشهود له فانتفت التهمة وثبت موت رب الدين باقرارهما في
حقهما وقيل معنى القبول ان يامر القاضي اياهما باداء ما عليهما اليه لا ان يبرأ عن الدين بهذا الاداء لان
استيفاء الدين منهما حق عليهما فتقبل في حقه والبراءة حق لهما فلا تقبل في حقهما قال رحمه الله ولا يسمع القاضي
الشهادة على جرح اي على جرح مجرد من غير ان يتضمن ايجاب حق من حقوق الشرع او من حقوق العباد لان الفسق
مجردا لا يدخل تحت الحكم لان الفاسق يرفع فسقه بالتوبة ولعله قد تاب في مجلسه او قبله فلا يتحقق

الالزام

الالزام ولان فيه هتك الستر واشاعة الفاحشة من غير ضرورة وهو حرام وللضرورة جاز على ما بينا
ولا يقال ان فيه ضرورة وهو منع الظالم عن الظلم فينبغي ان يجوز لقوله عليه السلام انصر اخاك ظالما او مظلوما لانا نقول لا
ضرورة الى هذه الشهادة لتمكنه من الاخبار للقاضي سرا حتى يرد شهادتهما فامكن الامتناع عن الظلم بذلك
اما اذا كان الجرح غير مجرد بان كان فيه اثبات حق الله تعالى كقولهما زنوا او شربوا الخمر او سرقوا او كان فيه
اثبات حق العبد كقولهما اخذوا المال او قتلوا النفس عمدا فتقبل شهادتهما ضرورة احياء الحقوق وان كان
فيه هتك لان مقصودهما ايجاب حق الله تعالى وهو الحد او ايجاب حق العبد وهو ضمان يدخل تحت الحكم وفي ضمنه
يثبت الجرح وكذا اذا قال صالحت الشهود بكذا من المال على ان لا يشهدوا علي بهذا الباطل وقد شهدوا
علي به واقام على ذلك بينة وطلب استرداد المال تقبل بينته وكذا اذا قال اعطيتهم المدعي من مالي الذي
كان عنده حتى يشهدوا له بالزور وطلب استرداده تقبل لان دعواه صحيحة لما فيه من ايجاب رد المال على
الشهود وهو مما يدخل تحت الحكم حتى لو قال صالحتهم بكذا من المال على ان لا يشهدوا وانه لا تقبل لان الدعوى غير
صحيحة اذ المدعي مجرد جرح لانه لم يدع قبله حقا يمكن القضاء به ودعوى الاستيجار وان كانت صحيحة لكنه
يدعيها الغير وليس له ولاية الزام غيره لغيره فكان جرحا مجردا ولو اقام البينة على اقرار المدعي ان الشهود
فسقة تقبل بينته لانه اقرار بانه لا حق له في المدعى وكذا اذا اقام البينة على اقراره انه استاجر الشهود او على
اقرار الشهود انهم لم يحضروا المجلس الذي كان فيه الحق وكذا اذا اقام البينة ان الشهود عبيد او محدودون في قذف
لان في العبيد اثبات باظهار الحق عليهم وهو الرق وفي غيره ليس فيه اشاعة الفاحشة من عندهم وانما حكوا
باظهار فاحشة من غيرهم وذكر في الكافي انه لو اقام البينة على اقرار الشهود انهم شهدوا بالزور او على اقرارهم
انهم اجراء في اداء هذه الشهادة او على اقرارهم ان المدعي مبطل في هذه الدعوى او على اقرارهم انهم لا شهادة لهم
على المدعى عليه في هذه الحادثة تقبل الشهادة وفيه انه اذا اقام البينة ان الشهود زناة او شربة خمر لا تقبل
ولو اقام البينة انهم زنوا ووصفوا الزنا او شربوا الخمر او سرقوا مني كذا ولم يتقادم العهد تقبل شهادتهم
قيد بكونه غير متقادم لانه لو كان متقادما لا تقبل لعدم اثبات الحق به لان الشهادة بحد متقادم مردودة
وما ذكره الخصاف من قوله ان الشهادة على الجرح المجرد مقبولة تاويله اذا اقامها على اقرار المدعي بذلك او على
التزكية وعلى هذا ما ذكر في الكافي وغيره من ان الشهود لو شهدوا ان الشهود زناة او شربة خمر لم تقبل وان
شهدوا انهم زنوا او شربوا الخمر او سرقوا تقبل وحمل الاول على انه اذا كان متقادما والا فلا فرق بين قولهم زناة
او شربوا الى اخره قال رحمه الله ومن شهد ولم يبرح حتى قال اوهمت بعض شهادتي تقبل لو عدلا وقوله اوهمت اي اخطأت
بذكر زيادة كانت باطلة او بنسيان بعض ما كان يجب علي ذكره لان الشاهد قد يبتلى بالغلط لمهابة مجلس
القاضي فوضح العذر فتقبل شهادته اذا تداركه في اوانه وهو عدل وان قال ذلك بعدما قام من المجلس
لا تقبل شهادته لجواز انه غره احد الخصمين بالرشوة ثم قيل يقضي بجميع ما شهد به اولا حتى لو شهد بالف
ثم قال غلطت في خمسمائة يقضي بالف لان المشهود به قد صار حقا للمدعي ووجب على القاضي القضاء به
فلا يبطل برجوعه وقيل يقضي بما بقي لان ما حدث بعد الشهادة قبل القضاء كحدوثه عند الشهادة واليه مال
شمس الائمة السرخسي رحمه الله هذا اذا كان موضع شبهة كما بينا اما اذا لم يكن موضع شبهة فلا باس باعادة
الكلام مثل ان يدع لفظ الشهادة او اسم المدعي او المدعى عليه او يترك الاشارة الى احد الخصمين وما يجري
مجراه وان قام عن المجلس بعد ان يكون عدلا مامونا وعن ابي حنيفة وابي يوسف انه يقبل في غير المجلس في الكل
والاول هو الظاهر وذكر في النهاية ان الشاهد اذا قال اوهمت في الزيادة او في النقصان يقبل قوله اذا كان
عدلا ولا يتفاوت بين ان يكون قبل القضاء او بعده رواه الحسن عن ابي حنيفة وبشر عن ابي يوسف وعلى هذا لو
وقع الغلط في ذكر بعض حدود العقار او في بعض النسب ثم تذكر بعد ذلك تقبل لانه قد يبتلى به في مجلس

القضا فذكر ذلك القاضي دليل على صدقه واحتياطه في الامور

باب الاختلاف في الشهادة

قال رحمه الله الشهادة ان وافقت الدعوى قبلت والا فلا لان تقدم الدعوى في حق العبد شرط لقبول الشهادة لان القاضي انما نصب لفصل الخصومات بين الخصوم وفصله يفتقر الى سبق احد الشيئين بعد الدعوى اما الشهادة او اليمين فقد وجد تقدم الدعوى فيما اذا وافقت الشهادة الدعوى فامكن الفصل بالشهادة ولم يوجد فيما اذا خالفتها فلم يمكن القضا بها وهذا لان الشهادة لاجل تصديق الدعوى فاذا خالفتها فقد كذبتها والدعوى الكاذبة لا يعتبر وجودها فانعدم الشرط وهو تقدم الدعوى فلا يحكم بها بخلاف حقوق الله تعالى لان الدعوى فيها ليس بشرط لان اقامة حقوق الله تعالى واجبة على كل احد فكان كل احد خصما في اثباته فصار كان الدعوى موجودة ولانه تعالى لما امر باقامتها كان طالبا لها فلم يبق الا اقامتها وفي حقوق العباد لا بد من طلبها بالدعوى اذ لا يعرف القاضي حقوقهم ولا يجبرهم على استيفائها قال رحمه الله ادعى دارا ارثا او شراء فشهدا بملك مطلق لغت اي لا تقبل بينته لانهما شهدا باكثر مما ادعاه المدعي لانه ادعى ملكا حادثا وهما شهدا بملك قديم وهما مختلفان لان الملك في المطلق يثبت من الاصل حتى يستحق المدعي بزوائده ولا كذلك في الملك الحادث ويرجع الباعة بعضهم على بعض فيه فصارا غيرين والتوفيق متعذر لان الحادث لا يتصور ان يصير قديما او القديم حادثا فلا تقبل الشهادة قال رحمه الله وبعكسه لا اي لعكس ما مضى وهو ما اذا ادعى ملكا مطلقا فشهدا بملك بسبب معين لا يكون لغوا بل تقبل الشهادة لانهم شهدوا باقل مما ادعى وذلك لا يمنع قبول الشهادة قال رحمه الله ويعتبر اتفاق الشاهدين لفظا ومعنى لان القضا لا يجوز الا بحجة وهي شهادة المثنى فما لم يتفقا فيما شهدا به لا تثبت الحجة مطلقا والموافقة المطلقة باللفظ والمعنى وهذا عند ابي حنيفة وقالا الاتفاق في المعنى هو المعتبر لا غير والمراد بالاتفاق في اللفظ تطابق اللفظين على افادة المعنى بطريق الوضع لا بطريق التضمن حتى لو ادعى رجل مائة درهم فشهد شاهد بدرهم واخر بدرهمين واخر بثلاثة واخر باربعة واخر بخمسة لم تقبل عند ابي حنيفة لعدم الموافقة لفظا وعندهما يقضي باربعة وكذا ان شهد احدهما بالف والاخر بالفين لم تقبل عنده وعندهما تقبل على الالف اذا كان المدعي يدعي الالفين وعلى هذا الخلاف المائة والمائتان والطلقة والطلقتان او الثلاث ولهما انهما اتفقا على الاقل وتفرد احدهما بالزيادة فيثبت ما اتفقا عليه لوجود الحجة دون ما تفرد به احدهما لعدمها وذلك ليس باختلاف الا ترى ان المدعي لو ادعى الاكثر وشهدا بالاقل تقبل ولو كان اختلافا لما قبلت لان من شرط القبول ان توافق البينة الدعوى فصار كما اذا شهد احدهما بالف والاخر بالف وخمسمائة والمدعي يدعي الالف وخمسمائة بخلاف ما اذا ادعى الاقل حيث لا يقضى بشيء لان المدعي كذب من يشهد بالزيادة وشهادة الفرد لا تثبت الحق ولابي حنيفة ان اختلاف اللفظ يدل على اختلاف المعنى لان لفظ الواحد غير لفظ الاثنين ولفظ الالف غير لفظ الالفين ولهذا لا يراد باحدهما الاخر ولم يثبت واحد من اللفظين لانه لم يشهد على كل واحد منهما الا واحد ولا يقال ان الالف موجود في الالفين لانا نقول نعم موجود فيه اذا ثبت الالفان يثبت الالف ضمنا فاذا لم يثبت المتضمن لا يثبت المتضمن الا ترى انه لو شهد احدهما انه قال لامراته انت خلية وشهد الاخر انه قال بريه لا يقع شي وان اتفق اللفظان في المعنى لعدم ثبوت احدهما فعلم بذلك ان اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى شرط القبول بخلاف الدعوى والبينة حتى لا يشترط اتفاقهما في اللفظ الا ترى ان المدعي لو ادعى الغصب او القتل فشهدا باقرار المدعى عليه بذلك تقبل ولو شهد احدهما بالغصب او القتل والاخر بالاقرار به لا تقبل وبخلاف الالف وخمسمائة لان الشاهدين اتفقا على الالف لفظا ومعنى وتفرد احدهما بالزيادة على سبيل العطف والمعطوف غير المعطوف عليه فيثبت ما اتفقا عليه ونظيره الطلقة والطلقة ونصف والمائة والمائة وخمسون بخلاف العشرة وخمسة عشر حيث لا تقبل لانه مركب كالالفين اذ ليس بينهما حرف العطف ولو لم يدع المدعي الاكثر فشهادة من شهد بالاكثر باطلة لانه كذبه المدعي بالزيادة الا ان يوفق فيقول اصل حقي كان كما قال

لم يثبتا الارث والشراء

كذا اذا الالفين على الالف مسكين

الا اني استوفيت الزايد او ابراته عنه فحينئذ تقبل في الاقل لظهور التوفيق وفي النهاية ان كانت المخالفة بينهما في اللفظ دون المعنى تقبل شهادتهما وذلك نحو ان يشهد احدهما على الهبة والاخر على العطية وهذا لان اللفظ ليس بمقصود في الشهادة بل المقصود ما تضمنه اللفظ وهو ما صار اللفظ علما عليه فاذا وجدت الموافقة في ذلك لا تضر المخالفة فيما سواها هكذا ذكره ولم يحك فيه خلافا وكذا اذا شهد احدهما بالنكاح والاخر بالتزويج تقبل شهادتهما ذكره في المحيط ولم يحك خلافا قال رحمه الله فان شهد احدهما بالف والاخر بالفين لم تقبل وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما تقبل بناء على ان المعتبر الاتفاق في اللفظ والمعنى عنده وعندهما في المعنى لا غير وقد بينا الوجه من الجانبين والذي يبطل مذهبهما ان الشاهدين لو شهدا بتطليقة وشهد اخران بثلاث تطليقات وفرق القاضي بينهما قبل الدخول ثم رجعوا كان ضمان نصف الصداق على شاهدي الثلاث دون شاهدي الواحدة ولو كان كما قالا ان الواحدة توجد في الثلاث لكان الضمان عليهم جميعا ولا يلزم ما اذا قال لها طلقي نفسك ثلاثا فطلقت واحدة حيث تقع واحدة لان ذلك لكون الطلاق صار في يدها فلها ان توقع كلها او بعضها ولا يلزم ما اذا طلقها الزوج الفا حيث يقع الثلاث لانه يتصرف عن ملك فله ان يوقع اي عدد شاء الا انه لا ينفذ الا بقدر المحل قال رحمه الله وان شهد الاخر بالف وخمسمائة والمدعي يدعي ذلك قبلت على الالف يعني فيما اذا شهد احدهما بالف وشهد الاخر بالف وخمسمائة تقبل شهادتهما بالف اذا كان المدعي يدعي الالف وخمسمائة لاتفاقهما بالف وتفرد احدهما بخمسمائة بخلاف ما اذا كان يدعي الالف فقط حيث لا تقبل شهادتهما لان المدعي كذب من يشهد بالزيادة على ما بيناه من قبل وهذا كله فيما اذا ادعى دينا واما اذا ادعى العقد فلا تقبل الشهادة على ما يجي من بعد قال رحمه الله ولو شهدا بالف وقال احدهما قضى منها خمسمائة تقبل بالف ولم يسمع قوله انه قضاه الا ان يشهد معه اخر لانهما اتفقا على وجوب الالف فتقبل وانفرد احدهما بقضاء النصف فلا تقبل لعدم كمال النصاب ولا يكون بقوله قضاه خمسمائة مناقضا لشهادته بالف لان قضاء الدين طريقه المقاصة معناه ان الداين يجب عليه ما قبض فلا ينافي بقاء دينه فلا يكون كاذبا ولا يقال ان المدعي كذب شاهده بالقضا فينبغي ان لا تقبل كما اذا شهد بالف وخمسمائة والمدعي يدعي الفا لانا نقول لم يكذبه فيما شهد له وانما كذبه فيما شهد عليه وذلك لا يقدح كما اذا شهد له اثنان بحق ثم شهدا عليه لانسان اخر فان شهادتهما له لا تبطل وان كذبهما فكذا هذا بخلاف ما استشهد به لان التكذيب فيه فيما شهد له فيكون قادحا وعن ابي يوسف انه يقضى بخمسمائة فقط لان مضمون شهادة شاهد القضا ان لا دين الا خمسمائة في المعنى وهو المعتبر عنده على ما مر وينبغي ان يكون قول محمد كذلك لان مذهبه في اعتبار المعنى كمذهب ابي يوسف لكن خالفه لانه لم يشهد بخمسمائة ابتدا بل اتفق الشاهدان على وجوب الالف عليه للمدعي ثم انفرد الاخر بالقضا فلا يسمع قال رحمه الله وينبغي ان لا يشهد حتى يقر المدعي بما قبض يعني يجب عليه ان لا يشهد بالالف كلها اذا علم انه قضاه منها خمسمائة حتى يقر المدعي انه قبض خمسمائة كيلا يصير معينا على الظلم قال رحمه الله ولو شهدا بقرض الف وشهد احدهما انه قضاه جازت الشهادة على القرض لتمام الحجة في القرض وعدمها في القضا وذكر الطحاوي عن بعض اصحابنا انه لا يقضى بها القاضي وهو قول زفر لان في زعم احد الشاهدين انه لا شي له عليه من المال ولو قضى لكان قضاء بشهادة الواحد وهو غير جايز ولان المدعي كذب شاهد القضا والاشبه ان يكون هذا قول ابي يوسف على ما ذكرنا في المسئلة الاولى اذ لا فرق بين المسئلتين الا من حيث ان احد الشاهدين شهد بقضاء كل الدين في هذه وفي الاولى بقضاء البعض والجواب ما ذكرنا في الاول واذا اختلف الشاهدان في الزمان والمكان في البيع والشراء والطلاق والعتق والوكالة والوصية والرهن والدين والقرض والبراءة والكفالة والحوالة والقذف تقبل واذا اختلفا في الجناية والغصب والقتل والنكاح لا تقبل والاصل ان المشهود به ان كان قولا كالبيع ونحوه فاختلاف الشاهدين فيه في المكان او الزمان لا يمنع قبول الشهادة لان القول مما يعاد ويكرر وان كان المشهود به فعلا كالغصب او قولا لكن الفعل شرط صحته كالنكاح فانه قول وحضور الشاهدين فعل

يعني اذا ادعى المدعي الالف ولم يقر بقبض خمسمائة ينبغي للشاهد الذي علم اداء خمسمائة ان لا يشهد مسكين

وهو شرط فاختلافهما في الزمان او المكان يمنع القبول لان الفعل في زمان او مكان غير الفعل في زمان او مكان اخر
فاختلف المشهود به ثم قال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا اختلف شاهدا القذف في زمانه او مكانه لا تقبل وان كان قولا
لان كل واحد منهما ان كان انشاء فهما غيران وليس على كل قذف شاهدان وان كان احدهما انشاء والاخر اخبارا فهما
لا يتفقان لان الانشاء ان يقول زنيت او انت زان والاخبار ان يقول قذفتك بالزنا وابو حنيفة رحمه الله يقول يحتمل
ان يكون احدهما سمع الانشاء والاخر سمع الاقرار به ويثبت عنده قذف فهما شاهدان به قال رحمه الله ولو شهدا انه
قتل زيدا يوم النحر بمكة واخران انه قتله يوم النحر بمصر ردتا يعني طايفتين كل واحدة منهما نصاب الشهادة اجتمعا
عند الحاكم وشهدا على نحو ما ذكره ترد الطايفتان لان احداهما كاذبة بيقين وليست احداهما باولى بالقبول من الاخرى
وهذا لان القتل من باب الفعل والفعل الواحد لا يتكرر لان الاول حركات انقرضت لكونه عرضا لا يبقى زمانين
والثاني حركات اخر غير الاول يخلقها الله تعالى في ذلك المحل ولا يمكن ان يجعل الثاني اخبارا عن الاول حتى يصير تكرارا
للاول واعادة له لان الاخبار عن الفعل بالفعل لا يتصور فكانا غيرين حقيقة وحكما بخلاف القول لان القول يحكى
بالقول فيكون الثاني عين الاول حكما وكذا لو اختلفا في الزمان او الالة التي وقع بها القتل لا تقبل لما بينا قال رحمه الله
فان قضى باحداهما اولا بطلت الاخرى يعني لو قضى القاضي بوجوب القصاص بشهادة الطايفة الاولى ثم شهدت
الاخرى لا تقبل لان الاولى ترجحت باتصال القضاء بها فلو تنتقض بالثانية وهذا لانه لما حكم بانه قتل بمكة صار ذلك
حكما بانه لم يقتل في غيرها اذ قتل شخص واحد في مكانين لا يتصور فصار نظير ما لو كان مع رجل ثوبان احدهما نجس
فتحرى وصلى في احدهما ثم وقع تحريه على طهارة الاخر لا تجوز له الصلاة فيه لان الاول اتصل بحكم الشرع فلا ينتقض
بوقوع التحري في الاخر قال رحمه الله ولو شهدا بسرقة بقرة واختلفا في لونها قطع بخلاف الذكورة والانوثة والغصب
يعني لو شهد شاهدان على سرقة بقرة واختلفا في لون البقرة بان قال احدهما سرق بقرة بيضاء وقال الاخر بقرة سوداء
تقبل شهادتهما ويقطع بخلاف ما اذا قال احدهما سرق ذكرا وقال الاخر انثى او اختلفا في لون البقرة في الغصب حيث
لا تقبل شهادتهما فيهما وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا رحمهما الله لا تقبل شهادتهما في السرقة ايضا لان البقرة البيضاء غير
السوداء فكانا سرقتين مختلفتين ولم يتم على كل فعل واحد نصاب الشهادة فلم يثبت وصار كاختلافهما في الذكورة والانوثة
وكاختلافهما في اللون في الغصب بل اولى لان الثابت في الغصب ضمان لا يسقط بالشبهات والثابت بالسرقة حد
يسقط بها فصار نظير اختلافهما في قيمتها وله انهما اختلفا فيما لم يكلفا نقله لان القطع لا يضاف الى اثبات
الوصف فصار كاختلافهما في ثياب السارق الا ترى انهما لو سكتا عن بيان اللون جازت شهادتهما بخلاف بيان
القيمة لان ذلك من نفس الشهادة حتى يعلم انها تبلغ نصابا ولان التوفيق ممكن لان السرقة تكون في الليالي غالبا
ويكون التحمل فيها من بعيد فيشتبه عليهما اللونان او يجتمعان في بقرة واحدة بان كان احد جانبيها ابيض والاخر
اسود فيشهد كل بما راى او بما وقع عنده بخلاف وصف الذكورة والانوثة لانهما لا يجتمعان في بقرة واحدة
وكذا الوقوف على تلك الصفة يكون بالقرب فلا تشتبه فيكونان سرقتين مختلفتين فلم يتم في كل واحد منهما
نصاب الشهادة وبخلاف الغصب لان التحمل فيه بالنهار لان الغصب يقع بالنهار وهو يقرب منه فلا يشتبه
عليه الحال فتكون الشهادة عن تحقيق وتامل لتمكنه من ذلك فلا يشتبه عليه فان قيل في التوفيق احتيال لايجاب
الحد وهو يحتال للدرء لا للايجاب قلنا القطع لا يضاف الى اثبات الوصف لانهما لم يكلفا نقله على ما بينا وما يوجب
الدرء يكون في نفس الموجب لا في غيره فان قيل على هذا ان تكون البقرة المسروقة بلقاء والمشهود بسرقتها اما بيضاء
او سوداء ولم يقل واحد منهما انها بلقاء فتكون غير حاضرة قلنا نعم ولكن ذلك في حق من يعرف اللونين
اما في حق من لا يعرف الا احدهما فهي عنده على ذلك اللون فيراها بيضاء او سوداء بناء على ما شاهد من مواضعها
وهذا الخلاف فيما اذا كان المدعي يدعي بقرة مطلقا من غير تقييد بوصف واما اذا ادعى سرقة بقرة سوداء او بيضاء
لا تقبل شهادتهما بالاجماع لان المدعي كذب احدهما وقيل هذا في لونين متشابهين كالسواد والحمرة واما في لونين

الجانب ح

غير متشابهين كالسواد والبياض لا تقبل الشهادة والاصح ان الكل على الخلاف ذكره في المبسوط وعلى هذا الخلاف
فيما اذا اختلفا في ثوب بان قال احدهما هروي وقال الاخر مروي وان اختلفا في الزمان او المكان لم تقبل الشهادة
وقد بيناه من قبل قال رحمه الله ومن شهد لرجل انه اشترى عبد فلان بالف وشهد اخر بالف وخمسماية بطلت الشهادة
لان المقصود اثبات السبب وهو العقد فالبيع بالف غير البيع بالف وخمسماية فاختلف المشهود به لاختلاف الثمن فلم
يتم النصاب على واحد منهما ولان المدعي يكذب احد شاهديه وكذا اذا كان المدعي هو البايع ولا فرق بين ان يكون
المدعي اقل المالين او اكثرهما لما بينا من ان المقصود اثبات السبب على معنى انه الاصل والحكم يثبت تبعا لثبوته وان كان
الحكم هو المقصود حقيقة في حق الانتفاع والسبب وسيلة اليه لكن مقصوده وهو الحكم لا يحصل الا به فكان في اثباته
اثبات الحكم اذ لا يمكن اثبات الحكم الا بسبب معين وذكر في دعاوى الدين السمرقندي رحمه الله ان الشهادة تقبل لان التوفيق ممكن
لان الشراء الواحد قد يكون بالف ثم يصير بالف وخمسماية بان يشتريه بالف ثم يزيد عليه خمسماية فقد اتفقا على شراء
واحد ولو اختلفا في الجنس بان شهد احدهما انه اشتراه بالف درهم وشهد الاخر انه اشتراه بماية دينار بطلت
لعدم امكان التوفيق لان الشراء الواحد لا يتصور ان يكون بالف درهم ثم يصير بماية دينار قال رحمه الله وكذا الكتابة والخلع
اي اذا اختلفا في مقدار البدل فيهما لا تقبل شهادتهما لما ذكرنا ان المقصود اثبات السبب وهذا اذا كان المدعي هو
العبد فظاهر لانه يدعي السبب ليحصل له مقصوده وهو العتق بالاداء فصار نظير الشراء وان كان المدعي هو المولى
فكذلك لان العتق لا يثبت قبل الاداء فكان المقصود اثبات السبب وهذا لان البدل في ابتداء العقد مقابل بفك الحجر
ثم ينتقل عند الاداء الى المال فيصير مقابلا بالعتق فقبل الاداء بمنزلة الاجارة فكان مقصوده اثبات العقد وقيل
ان كان المدعي هو المولى لا تقبل بينته لان العقد غير لازم في حق العبد لتمكنه من الفسخ بالتعجيز والمراد بالخلع اذا كان
المراة هي المدعية للخلع لان مقصودها اثبات السبب دون المال فلو يثبت مع اختلافهما فيه فصار نظير البيع بخلاف
دعوى الدين لان المقصود فيه المال دون السبب فيثبت قدر ما اتفقا عليه دون ما تفرد به احدهما وان كان المدعي
هو الزوج يقع الطلاق باقراره فيكون بمنزلة دعوى الدين فيثبت اقلهما وهو الذي اتفقا عليه لتمام نصاب الشهادة
وكذا الصلح عن دم العمد والعتق على مال فان كان المدعي هو العبد او القاتل لا تقبل شهادتهما لان مقصود العبد
والقاتل العقد فلو يثبت لما ذكرنا من الاختلاف فيه وان كان المدعي هو المولى والولي يثبت العفو والعتق باقرارهما
فيكون دعوى الدين فتقبل شهادتهما فيما اتفقا عليه على نحو ما ذكرنا في الخلع وفي الرهن ان كان المدعي هو المرتهن فهو كدعوى
الدين يثبت اقلهما لما ذكرنا وان كان المدعي هو الراهن فلا تقبل الشهادة لانه ليس له ان يلزمه الرهن اذ الرهن غير
لازم في حق المرتهن وله ان يفسخه اي وقت شاء فلا فايدة في اقامة البينة ولانه حق عليه والانسان لا يقيم البينة
على حق عليه وانما يقيمها على حق له وصورة دعوى الراهن ان يدعي انه رهنه بالف وخمسماية وادعى انه قبضه
ثم اخذه الراهن فيطلب الاسترداد منه فاقام بينة فشهد احدهما بالف والاخر بالف وخمسماية يثبت اقلهما
وفي الاجارة ان كان قبل استيفاء المعقود عليه وهو المنافع فهي نظير البيع فلا تقبل شهادتهما لما ذكرنا في البيع وان
كان بعد مضي المدة فهي كالدين يثبت ما اتفقا عليه ان كان المدعي يدعي الاكثر وان كان يدعي الاقل لا تقبل شهادة من
شهد بالاكثر لانه يكذبه المدعي وكذا في جميع هذه الصور كما بينا في الدين قال رحمه الله واما النكاح فيصح بالف
يعني باقل المالين وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله سواء كان الدعوى من الزوج او المراة وسواء ادعى الاقل او الاكثر
وقال ابو يوسف ومحمد تبطل الشهادة ولا يقضى بشيء لان المقصود من الجانبين اثبات السبب والنكاح بالف غير النكاح
بالف وخمسماية فتبطل الشهادة كما في البيع سواء كان الزوج هو المدعي او المراة هي المدعية لامتناع ثبوت النكاح
باقرار احدهما بخلاف العتق على مال والخلع والعفو عن دم العمد حيث يكون دعوى الدين اذا كان المدعي هو الزوج
والمولى والولي لانه باقراره يسقط القصاص ويقع الطلاق والعتق فبقي دعوى المال المجرد عن السبب
ولابي حنيفة ان التسمية في النكاح كما تصح عند العقد تصح بعده فانه لو تزوجها ولم يسم لها مهرا ثم سمى لها مهرا

مطلقا سواء ادعى المدعي اقل المالين او اكثرهما مسكين

وهذا اذا اختلف البايع والمشتري قبل تسليم العبد لان الدعوى حينئذ دعوى العقد اما بعد التسليم فتكون الدعوى في الدين فحينئذ تقبل وفي الفوايد الظهيرية اذا اتحد جنس الثمن واختلفا في قدره كما في هذه المسئلة تقبل الشهادة بخلاف ما اذا اختلف الجنس مسكين ولا يقال ان المصنف قبل هذا ذكر انه اذا شهد احدهما بالف والاخر بالف وخمسماية والمدعي يدعي الاكثر تقبل بالف فهذا تكرار لانا نقول المشهود به هناك انما هو المال وههنا المشهود به هو العقد العقد بالف غير العقد بالالف والخمسماية والشهادة بالالف وخمسماية هناك شهادة بالالف وزيادة ففي الزيادة لا تقبل شهادة الفرد مستخلص

اي كدعواه في الدين بلا خفاء لان الرهن لا يكون الا بعد تقدم الدين فتقبل البينة في حق ثبوت الدين كما في ساير الديون ويثبت الرهن بالالف ضمنا وتبعا للدين كذا في الكفاية والمراد بكونه كدعوى الدين ان الشاهدين اذا كانا مختلفين لفظا لا تقبل عند ابي حنيفة وان كانا متفقين فان ادعى المدعي الاقل لا تقبل شهادة الشاهد بالاكثر وان ادعى الاكثر تقبل على الاقل وانما كان كذلك لان المال في هذه الصور تابع وان كان ثابتا بالعقد حين العقد وتابعا لكن الامر صار بالعكس حين الدعوى لما عرفت ان صاحب الحق اذا اعترف بالعفو والعتق والطلاق والمدعي في الرهن اذا كان هو المرتهن كان الدعوى في الدين فلو يعتبر العقد وان اعتبر اعتبر بالتبع للدين كما في الرهن

د ر ر غ

صحت التسمية ولصحة التسمية لا يحتاج الى انشاء العقد وانما يحتاج الى قيامه وقيامه تارة يكون حالة الابتدا
وتارة يكون حالة البقا فلم يلزم من اختلاف التسميتين اختلاف العقد لان التسمية وجدت في حالة العقد
ولا يتصور وجود العقد في حالة البقا والبينة على التسمية في حال تحصيل العقد لا تكون بينة على العقد
بل على التسمية المجردة فكان الثابت بشهادتهما المال حال بقاء النكاح فيثبت ما اتفقا عليه كالدين خاصة
القضية ان شهادتهما لم تقم الا على المال حال بقاء النكاح وثبوت بها التسمية وبقاء النكاح لا غير ولان المال
في النكاح تابع والاصل فيه الحل والازدواج والملك ومن حكم التبع ان لا يغير الاصل ولهذا لا يبطل بنفيه
ولا يفسد بفساده فكذا لا يختلف باختلافه فبقي العقد سالما عن الاختلاف فلزم وما وقع فيه الاختلاف وهو
المال يقضى بالاقل منهما كما في الدين وقيل الخلاف فيما اذا كانت المراة هي المدعية فجعل ابو حنيفة مقصودها المال
فيخرجه على ما بينا وهما يجعلان مقصودها العقد لما بينا واما اذا كان المدعي هو الزوج فمقصوده العقد
لا المال فلا تقبل بينته بالاجماع لان العقد بالف غير العقد بالف وخمسماية على ما بينا والاول هو الاصح وقد
بيناه وجهه وهو استحسان ويستوي فيه دعوى اقل المالين واكثرهما في الصحيح لاتفاقهما في الاصل وهو العقد
والاختلاف في التبع لا يوجب خللا فيه لكنه لا بد من وجوب المال فيجب الاقل لاتفاقهما عليه ولا يكون بدعوى
الاقل تكذيبا للشاهد لجواز ان الاقل هو المسمى ثم صار اكثر بالزيادة **قال** وملك المورث لم يقض لوارثه
بلا جر الا ان يشهدا بملكه او يده او يد مستعيره وقت الموت يعني اذا ثبت بحجة انه ملك المورث بان ادعى
الوارث عينا في يد انسان انها ميراث ابيه واقام شاهدين فشهدا ان هذه كانت لابيه لا يقضى له حتى يجرا
الميراث فيقولا مات وتركها ميراثا له او يقولا كانت لابيه يوم موته او كانت في يده او في يد من يقوم مقامه
من المستعير وغيره والاصل فيه ان الجر شرط وهو ان يقول الشاهد مات وتركها ميراثا له ولكن اذا ثبت ملكه
او يده عند الموت كان جرا لانه اثبت ملكه اولا لان الانتقال الى الوارث فثبت الانتقال ضرورة فيكون اثباتا
للانتقال وكذا اذا ثبت يده عند الموت لان يده ان كانت يد ملك فهو على ما بيناه وان كانت يد امانة فكذلك
الحكم لان الايدي في الامانات عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة الضمان اذا مات مجهلا لتركه الحفظ به
والمضمون يملكه الضامن على ما عرف فيكون اثبات اليد في ذلك الوقت اثباتا للملك واثبات يد من يقوم مقامه
كالمودع والمستعير والمستاجر والمرتهن والغاصب وغيرهم اثبات ليده فيغني اثبات الملك وقت الموت
عن ذكر الجر فاكتفى به عنه وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله الجر ليس بشرط بل اذا اثبت
الوارث ان العين كانت للمورث يكفي لان ملك الميت قد ثبت بقول الشهود كانت له وملك الوارث خلافة عنه
ولهذا يرد بالعيب ويرد عليه به ويصير مغرورا فيما اذا اشتراه المورث فيكون ملك الوارث عين ملك
المورث مستمرا الى هذا الوقت لا ملكا اخر غيره كما في الحي اذا اثبت انها كانت له يحكم له بها ولا يكلف اقامة
البينة على ان ملكه ثابت في هذا الوقت وكما اذا ادعى عينا في يد انسان انه اشتراها من فلان غير ذي اليد
واقام البينة على الشرا منه وانكر ذو اليد انها ملك البايع فاقام المشتري البينة انها كانت له يكتفي
به الا ويقضى له بها ولا يكلف اقامة البينة انها كانت للبايع وقت البيع وهذا لان ما ثبت فهو باق
الى ان يوجد ما يزيله لاستغناء البقاء عن دليل ولهما ان ملك الوارث متجدد ثبت له بعد ان لم يكن ثابتا
الا ترى انه يثبت في حقه احكام لم تكن ثابتة في حق المورث من استبراء الجارية وحل وطيها لو كانت حراما
على المورث او بالعكس وكذا يحل للوارث الغني ما كان صدقة على مورثه الفقير ولو لا تجدد الملك لما حل له فاذا كان
متجددا فلا بد من اثبات النقل اليه وذلك بما ذكرنا من الجر لا باثبات ملك الميت قبل الموت لان بقاء ملكه الى حال الموت
يثبت باستصحاب الحال وهو حجة لابقاء ما كان على ما كان لا لاثبات ما لم يكن وحاجتنا اليه لان ما لكيته
الوارث لم تكن ثابتة قبل موت المورث فكان متجددا ضرورة فلا يثبت باستصحاب الحال الا ترى ان الشفيع

لا يتحقى

اي الا ان يشهد انه هذا الشي كان للميت وقت الموت فانه يقضي للوارث لثبوت الانتقال ضرورة وكذا اذا شهد انه هذا الشي كان للميت وقت الموت يقضى لابنه لان الايدي وان كانت متنوعة الى يد الملك ويد الامانة ويد الضمان لان كلها تنقلب يد ملك بواسطة الضمان وكذا الامانة تصير مضمونة بالتجهيل فصار بمنزلة الشهادة على قيام الملك وقت الموت وكذا اذا شهد ان هذا الشي كان لفلان الميت عند اعارها او اودعها او اجرها الذي هو في يده وهذا ابنه فان الابن ياخذ الدار ولا يكلف اقامة البينة انه مات وتركها ميراثا له لان يد المستعير والمودع والمستاجر قايمة مقام يد المورث فاغنى عن الجر استحسانا

باستصحاب الحال

لا يتحقى الشفعة بظاهر يده في الدار المشفوع بها وان كان يدفع دعوى غيره به لما ذكرنا بخلاف ما اذا اثبت الحي
انها كانت له حيث يحكم له بها لانا اعتبرنا فيه استصحاب الحال لبقاء ما كان على ما كان وهو حجة فيه على ما بينا
وبخلاف ما اذا اقام البينة انه اشتراها من فلان حيث لا يكلف اقامة البينة انه كان مالكا لها وقت البيع
لان ملك المشتري مضاف الى الشرا الثابت بالبينة لا الى استصحاب الحال ببقاء ملك البايع لان الشرا سبب موضوع
للملك حتى لا يتحقق بدون اثبات الملك فيكون ثابتا بالشرا واما في الموت فثبوت الملك للوارث مضاف
الى كون المال ملك المورث وقت الموت لا الى الموت لان الموت ليس بسبب موضوع للملك بل موضوع لابطاله
فكم من موت ليس فيه ايجاب الملك لاحد الا ترى ان الوارث لو علق العتق بموت مورثه بان قال ان مات سيدك
فانت حر لا يصح ولو كان سبب الملك لصح كما اذا قال لعبد الغير ان اشتريتك فانت حر **قال** ولو شهدا
بيد حي منذ شهر ردت اي اذا شهد شاهدان ان هذه العين كانت في يد فلان منذ شهر وهو حي ردت
الشهادة وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعن ابي يوسف انها تقبل لان اليد مقصودة كالملك فوجب ان
تقبل كما اذا شهدا انها ملكه منذ شهر وهذا لان الملك متى ثبت يبقى الى ان يوجد ما يزيله فكذا اليد
وصار كما اذا شهدا بالاخذ من المدعي او بالاقرار منه بالبدلية ولهما ان الشهادة قامت بمجهول لان اليد
منقضية وهي متنوعة الى ملك وامانة وضمان فلا يمكن القضا بالمجهول بخلاف الملك لانه معلوم
غير متنوع وبخلاف الاخذ لانه معلوم ايضا وهو وجوب الرد لقوله عليه السلم على اليد ما اخذت حتى ترد
وكذا الاقرار باليد معلوم على ما يجي ولان يد صاحب اليد معاين ويد المدعي مشهود به فلا يعارض
المتحقق لان العيان يوجب العلم والشهادة توجب غلبة الظن فكان اكثر اثباتا **قال** ولو اقر المدعى عليه بذلك
او شهد شاهدان انه اقر انه كان في يد المدعي دفع الى المدعي اي اذا اقر المدعى عليه باليد للمدعي او شهد
شاهدان بانه اقر باليد للمدعي منذ شهر دفع ذلك الى المدعي لان الاقرار معلوم فتصح الشهادة به وجهالة
المقر به لا تمنع صحة الاقرار الا ترى انه لو قال لفلان علي شي صح ويجب عليه البيان ولا تصح الشهادة به

باب الشهادة على الشهادة

قال تقبل فيما لا يسقط بالشبهة ان شهد رجلان على شهادة شاهدين
اي تجوز الشهادة على الشهادة بشرط ان يشهد شاهدان على شهادة كل واحد من الاصلين وهذا استحسان
والقياس ان لا تجوز لان الشهادة عبادة بدنية وجبت على شاهد الاصل وليست بحق للمشهود له بدليل
انه لا تجوز الخصومة فيها ولا الاجبار عليها والنيابة لا تجري في العبادة البدنية ولان فيها زيادة احتمال
لان الاحتمال اضعاف الموضعين في الاصول وفي الفروع وفيه شبهة من حيث البدلية ولهذا لا يصار الى الفروع
الا عند العجز عن الاصول وجه الاستحسان ان الحاجة ماسة اليها اذ شاهد الاصل قد يعجز عن اداء الشهادة
لموت او مرض او لبعد مسافة فلو لم تجز الشهادة على الشهادة ادى الى اتواء الحقوق ولهذا جوزنا الشهادة
على شهادة الفروع وعلى شهادة فروع الفروع الى غير نهاية فصار ككتاب القاضي الى القاضي وقوله
فيما لا يسقط بالشبهة احتراز عن الحدود والقصاص لانهما يسقطان بالشبهة وفيها شبهة على ما ذكرنا
فلا يثبتان بها كما لا يثبتان بشهادة النسا لما فيهما من شبهة البدلية بل اولى لان في الشهادة على الشهادة حقيقة
البدلية ويدخل تحته جميع الحقوق وذكر الناطفي انها لا تجوز في الوقف والصحيح انها تجوز فيه احيا له وصونا
عن اندراسه وقوله ان شهد رجلان على شهادة شاهدين يعني ان يشهد على كل واحد من الشاهدين رجلان
لان كل واحد من الشهادتين قضية من القضايا فلا بد من تمام النصاب على كل واحد منهما ليثبت عند الحاكم
ولا يشترط تغاير الفروع حتى لو اشهد احدهما على شهادته رجلين واشهد الاخر بعينهما جاز وقال الشافعي لا يجوز
حتى يشهد على كل واحد منهما رجلان غير اللذين اشهدهما صاحبه لان كل شاهدين قايمين مقام اصل واحد
فلا تتم حجة القضا بهما كاملا اثنين لما اقامنا مقام رجل لا تتم الحجة بشهادتهما ولان الفرع لما تحمل الشهادة صار

كانت صح

وحكمه معلوم

بخلاف الحدود والقود

شاهدا وليس للشاهد ان يشهد على تلك الشهادة غيره الا ترى ان احد الاصلين لما كان شاهدا لا يجوز له
ان يشهد مع صاحبه على شهادته مع رجل اخر وقال مالك لا يجوز شهادة الواحد على الواحد لان الفرع قائم مقام
الاصل معبر عنه بمنزلة رسوله في ايصال شهادته الى مجلس القاضي فكانه حضر وشهد بنفسه واعتبر هذا برواية
الاخبار فان رواية الواحد عن الواحد مقبولة ولنا قول علي رضي الله عنه لا يجوز على شهادة رجل الا شهادة رجلين
مطلقا من غير تقييد بان يكون بازاء كل اصل فرعان ولان شهادة كل واحد من الاصلين حق من جملة الحقوق
والحق عند القاضي لا يثبت الا بحجة تامة لانها ملزمة للقاضي القضاء فلا بد من النصاب فاذا قام وشهدا
على شهادة احدهما جاز ان يشهدا على الاخر ايضا لان الشاهدين يجوز لهما ان يشهدا على قضيات كثيرة بخلاف
امراتين لان النصاب لم يتم بهما وشطر العلة لم يثبت به شيء لان المراتين كرجل واحد بخلاف ما اذا شهد احد
الاصلين عن صاحبه مع رجل اخر لان شاهد الاصل يعلم الحادثة يقينا فلا يستفيد باشهاد صاحبه اياه شيئا
ولان معنى الاصالة يقتضي مشاهدة الحق ومعنى الفرعية يقتضي عدم المشاهدة فيتنافيان فلا يجوز ولان الفرع
بدل عن الاصل فلا يتصور ان يكون الشخص الواحد بدلا واصلا في حالة واحدة ولان شاهد الاصل يثبت نصف
الحق والفرعان نصفه ولو جازت شهادته على شهادة صاحبه لو ثبت ثلاثة ارباع الحق ولا نظير له في الشرع
ولا يقال لو كان الفرع بدلا لما جاز ان يشهدا مع احد الاصلين اذ لا يجوز الجمع بين البدل والمبدل لانا نقول لم يجمع
بينهما لان الفرعين ليسا ببدل عن الذي شهد معهما بل عن الذي لم يحضر وقوله ان يشهد رجلان وقع اتفاقا لانه
يجوز ان يشهد على الشهادة رجل وامراتان لتمام النصاب وكذا لا يشترط ان يكون المشهود على شهادته رجلا
لان للمراة ايضا ان تشهد على شهادتها رجلين او رجل وامراتين ويشترط ان يشهد على شهادة كل امراة نصاب
الشهادة لما بينا قال رحمه الله ولا تقبل شهادة واحد اي لا تقبل شهادة واحد على شهادة واحد وقد بينا الخلاف فيه
قال رحمه الله والاشهاد ان يقول اشهد على شهادتي اني اشهد ان فلانا اقر عندي بكذا وهذا صفة الاشهاد ولا بد
منه او مما يقوم مقامه لانه كالنائب عنه فلا بد من التحميل والتوكيل ولا بد من ان يشهد عنده كما يشهد عند القاضي
لينقله الى مجلس القضاء ويحصل ذلك بما ذكر هنا ويقول له عند التحميل اشهد لي على نفسه ان شاء وليس بلازم
لان من عاين الحق حل له ان يشهد وان لم يشهده على نفسه ولو قال اشهد اني سمعت فلانا يقول لفلان بكذا فاشهد
انت على شهادتي بذلك جاز لحصول المقصود به ولا يقول اشهد على بذلك لانه لفظ محتمل فانه يحتمل ان يكون
الاشهاد على نفس الحق المشهود به فيكون امرا بالكذب وكذا لا يقول اشهد بشهادتي لانه يحتمل ان يكون امرا
بان يشهد بمثل شهادته فيكون امرا له بان يشهد على اصل الحق وهو كذب قال رحمه الله واداء الفرع ان يقول اشهد
ان فلانا اشهدني على شهادته ان فلانا اقر عنده بكذا وقال لي اشهد على شهادتي بذلك وهذا صفة اداء
الفرع عند الحاكم لانه لا بد من شهادته وذكر شهادة الاصل وذكر التحميل والجملة يحصل بذلك وله لفظ اطول منه
واقصر كلا طرفي الامور ذميم واوسطها صميم فالاطول منه ان يقول اشهد ان فلانا اشهدني على شهادته
انه يشهد ان فلان بن فلان اقر عنده واشهده على نفسه ان لفلان بن فلان عليه الف درهم وقال لي اشهد
على شهادتي اني اشهد ان فلان بن فلان اقر عندي لفلان بكذا ففيه ثمان شينات او يقول ان فلانا اشهد
عندي بكذا واشهدني على شهادته بذلك وانا اشهد على شهادته بذلك فيذكر فيه ست شينات وما ذكره
في المتن فيه خمس شينات والاقصر منه ان يقول اشهدني فلان ان اشهد على شهادته ان لفلان على فلان كذا
وانا اشهد على شهادته بذلك فيذكر فيه اربع شينات او يقول اشهد على شهادة فلان بكذا فيذكر فيه
شينين لا غير ذكره محمد في السير الكبير وهو اختيار الفقيه ابي الليث وابي جعفر وشمس الائمة السرخسي رحمهم الله
وهو اسهل وايسر واقصر وحكي ان ابا جعفر كان يخالفه فيه علماء عصره فاخرج لهم الرواية من السير فانقادوا
له قال رحمه الله ولا شهادة للفرع الا بموت الاصل او مرضه او سفره لان جوازها للحاجة عند عجز الاصل وانما يتحقق

بهذه الاشياء والمراد بالمرض ما لا يستطيع الحضور معه الى مجلس الحكم لان اداء الشهادة فرض فلا يسقط الا
بالعجز فاذا سقط جاز له ان يحمل غيره كيلا يتوى حقه وهذا لان تكليف ما لا يطاق غير جائز وامر القاضي بالحضور
الى موضع المريض شنيع ولانه يودي الى الحرج وربما لا يتفرغ في مجلس الحكم عند كثرة الامراض والحرج مدفوع
والسفر عذر ظاهر الا ترى انه تعلقت به احكام جمة من قصر الصلاة والفطر في الصوم وامتداد مدة المسح
وسقوط الجمعة والاضحية وحرمة خروج المراة من غير محرم او زوج وغير ذلك من الاحكام فكذا هذا الحكم
وعن ابي يوسف رحمه الله انه ان كان في مكان لو غدا لاداء الشهادة لا يقدر ان يبيت في منزله جاز الاشهاد احياء لحقوق
الناس والاول احسن لان العذر يتحقق بذلك كما في سائر الاحكام والثاني وهو ما روي عن ابي يوسف ارفق لان
احياء الحقوق واجب ما امكن والشاهد ايضا محتسب فلا يكلف ما فيه حرج وفي البيتوتة في غير اهله حرج عظيم
فيجوز الاشهاد على شهادته دفعا للحرج عنه واحياء لحقوق الناس واخذ كثير من المشايخ بهذه الرواية وروي عن
محمد رحمه الله انها تجوز كيف ما كان حتى روي عنه انه اذا كان الاصل في زاوية المسجد فشهد الفروع على شهادته
في زاوية اخرى من ذلك المسجد تقبل شهادتهم وقال في النهاية ذكر شمس الائمة السرخسي والقاضي الامام علي
السغدي في شرح ادب القاضي للخصاف رحمه الله اذا شهد الفروع على شهادة الاصول والشهود في المصر يجب
ان يجوز على قولهما وعلى قول ابي حنيفة لا يجوز بناء على ان التوكيل بغير رضا الخصم لا يجوز عنده وعندهما يجوز
ووجه البناء ان المدعى عليه لا يملك انابة غيره مناب نفسه في الجواب الا بعذر فكذا لا يملك الاصل انابة غيره
مناب نفسه في الشهادة الا بعذر والجامع ان استحقاق الجواب على المدعى عليه كاستحقاق الحضور على الشهود
وعندهما لما ملك المدعى عليه انابة غيره مناب نفسه في الجواب من غير عذر فكذا في الحضور الى مجلس الحكم
قال رحمه الله فان عدلهم الفروع صح لان الفروع من اهل التزكية فصح تعديلهم شهود الاصل وكذا اذا عدل احد
الشاهدين صاحبه لما ذكرنا ولا تهمة فيه بتنفيذ شهادته لان العدل لا يفعل ذلك ولو اتهم بمثله لاتهم
في شهادة نفسه على نفس الحق فكان ينسد باب الشهادة وهو مفتوح وكيف يتهم به وشهادته لم ترد برد
شهادة صاحبه بل تقبل لغيره اخر معه وان اتفق الرد ففي ايثاره لعدم كمال النصاب وذلك لا يضره وقيل لا يقبل
تعديل صاحبه للتهمة والاول اصح لان العدل لا يتهم بمثله قال رحمه الله والا عدلوا اي ان لم يعدلهم الفروع
عدلوا بسوال غير الفروع عن الاصول لان الماخوذ على الفروع النقل دون التعديل ولانه قد يخفى عليهم فاذا
نقلوا شهادتهم يتعرف القاضي عدالتهم كما اذا حضروا بانفسهم وشهدوا وعلى هذا قول ابي يوسف رحمه الله
وقال محمد رحمه الله لا تقبل لانهم ينقلون الشهادة ولا شهادة بدون العدالة فحاصله ان القاضي ان كان يعرف
الفروع والاصول بالعدالة قضى بشهادتهم وان عرف احد الفريقين بالعدالة دون الاخر سال عن الذي لم يعرفهم
بها فان عدل الاصول الفروع او بالعكس جاز وقال في النهاية في ظاهر الرواية عن محمد انه لا تثبت عدالة
الاصول بتعديل الفروع والصحيح ظاهر الرواية ولا فرق في ذلك بين ان يقول الفروع للقاضي لا نعرف حالهم
او لا نخبرك بحالهم قال رحمه الله وتبطل شهادة الفروع بانكار الاصل الشهادة اي الاشهاد ومعناه اذا قال شهود
الاصل لم نشهدهم على شهادتنا فماتوا او غابوا ثم جاء الفروع وشهدوا عند الحاكم لم تقبل شهادتهم لان
التحميل شرط ولم يثبت للتعارض بين خبر الاصول وبين خبر الفروع لان الاصول يحتمل ان يكونوا صادقين
بذلك فلا يثبت التحميل مع الاحتمال قال رحمه الله ولو شهدا على شهادة رجلين على فلانة بنت فلان الفلانية بالف
وقالا اخبرانا انهما يعرفانها فجاء بامراة فقالا لا ندري اهي هذه ام لا قيل للمدعي هات شاهدين انها فلانة
لان التعريف بالنسبة قد تحقق بشهادتهما والمدعي يدعي ان تلك النسبة للحاضرة ويحتمل ان تكون لغيرها
فلا بد من اثبات تلك النسبة للحاضرة ونظيره اذا شهدوا ببيع محدود بذكر حدوده من غير معرفة عينه
وشهدوا على الخصم لا بد من اخرين يشهدان ان المحدود بتلك الحدود في يد المدعى عليه ليصح القضاء به

واعلم ان الغرض من هذه المسئلة انه لا يشترط ان يعرف الفرع المشهود عليه بل يقال المدعى هات شاهدين يشهدان ان الذي احضرته هو المشهود عليه وليس الغرض انه لا تشهد على فلانة بنت الفلانية اى العرضية مثلا تكون النسبة تامة وتكون الشهادة مقبولة بل لا بد ان ينسب في الشهادة الى السكة الصغيرة او الى الفخذ اى القبيلة الخاصة علما يجى
مستخلص

وكذا اذا انكر المدعى عليه ان الحدود المذكورة في الشهادة حدود ما في يده فلا بد من شاهدين اخرين يشهدان ان الحدود المذكورة في الشهادة حدود ما في يده قال ره وكذا كتاب القاضي الى القاضي معناه اذا كتب الى القاضي الاخوان فلانا وفلانا شهدا عندي بكذا من المال على فلانة بنت فلان الفلانية واحضر المدعى امراة عند القاضي المكتوب اليه وانكرت المراة ان تكون هي المنسوبة بتلك النسبة فلا بد من شاهدين اخرين يشهدان انها هي المنسوبة بتلك النسبة كما في المسئلة الاولى لما ذكرنا ولا فرق بينهما الا من حيث ان القاضي الكاتب لولايته ينفرد بنقل الشهادة اليه وفي الشهادة على الشهادة لا بد من اثنين على كل اصل على ما بينا قال ره ولو قالا فيهما التميمية لم يجز حتى ينسباها الى فخذها اى لو قال الشاهدان في الشهادة على الشهادة وفي كتاب القاضي الى القاضي فلانة بنت فلان التميمية لم يجز حتى ينسباها الى فخذها وهو الجد الاعلى لان التعريف شرط فيه ولا يحصل ذلك بالنسبة الى العامة وهي عامة ويحصل بالنسبة الى الخاصة والنسبة الى الفخذ خاصة لان اول النسب الشعب ثم القبيلة ثم الفصيلة ثم العمارة ثم البطن ثم الفخذ فكان اخص من الكل ذكره في النهاية وعزاه الى الصحاح وجعل الزمخشري فيما حكاه صاحب النهاية الفصيلة اخر الكل فالشعب يجمع القبائل والقبيلة تجمع العمائر والعمارة تجمع البطون والبطن يجمع الافخاذ والفخذ يجمع الفصائل خزيمة شعب وكنانة قبيلة وقريش عمارة وقصي بطن وهاشم فخذ والعباس فصيلة وسمي الشعب شعبا لان القبائل تتشعب منه والمقصود من النسب حصول العلم بالمنسوب وذلك يحصل بالنسب الى الخاص دون العام وبنو تميم عام فلا يحصل العلم بالنسبة اليه والفرغانية نسبة عامة وكذا السمرقندية والبخارية والمصرية ولا اوزجندية خاصة وكذا النسبة الى السكة الصغيرة بخلاف المحلة الكبيرة ثم التعريف وان كان يتم بذكر الجد عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله فذكر الفخذ او الفصيلة على اختلاف القولين يقوم مقام الجد قال ره ومن اقر انه شهد زورا يشهر ولا يعزر اى لا يضرب وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا نوجعه ضربا ونحبسه وهو قول الشافعي رحمه الله لان شهادته القضا ولم يتصل لانه ارتكب كبيرة وفيها ضرر على المسلمين وليس فيها حد مقدر فوجب التعزير ازالة للفساد وانما قلنا انها كبيرة لقوله عليه السلام ايها الناس عدلت شهادة الزور الاشراك بالله ثم تلا قوله تعالى فاجتنبوا الرجس من الاوثان واجتنبوا قول الزور وسئل رجل عن الكبائر فقال عليه السلام الاشراك بالله وعقوق الوالدين وقتل النفس بغير حق وقول الزور فاذا كانت كبيرة وجب عليه التعزير بالاجماع وانما اختلفوا في كيفية تعزيره فقط لهم ما روى عن عمر رضي الله عنه انه ضرب شاهد الزور اربعين سوطا وسخم وجهه ولابي حنيفة رضي الله عنه ان شريحا رضي الله عنه كان يشهر ولا يضرب وكان يبعثه الى سوقه ان كان سوقيا والى قومه ان كان غير سوقي بعد العصر اجمع ما يكونون ويقول ان شريحا يقرئكم السلام ويقول انا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وحذروه الناس وشريح رحمه الله وان كان تابعيا ولكنه زاحم الصحابة في الفتوى وسوغوا له في الاجتهاد ورجعوا الى قوله في المناظرة فمن كان بهذه المثابة من ائمة التابعين فحكمه حكم الصحابة حتى روى عن ابي حنيفة انه يقلدهم ويعدهم فقال مثل مسروق وحسن وعلقمة وشريح ومن كان في زمنهم من التابعين فيكون في الحقيقة على هذا تقليد الصحابة رضي الله عنهم لتجويزهم فعلهم وقولهم لا سيما شريح فانه كان قاضيا في زمن عمر رضي الله عنه ومن بعده من الخلفا فيكون فعله مشهورا بينهم وكيف لا يكون وهو بحضر منهم فيكون تقليده تقليدهم ضرورة وما روى عن عمر رضي الله عنه كان سياسة بدليل تبليغه اربعين وهو حد العبيد في القذف وبدليل تسخيمه وهو مثلة لم يجز بالاجماع ولان الحكم يقولوا به لنهيه عليه السلام عن المثلة ولو في الكلب العقور ولان الضرب بالشديد بدون التسخيم يمنعان من الرجوع بعد الوقوع فلا يشرعان وذكر شمس الائمة السرخسي رحمه الله انه يشهر عندهما ايضا وقال الامام الحاكم ابو محمد الكاتب رحمه الله هذه المسئلة على ثلثة اوجه احدها ان يرجع على سبيل التوبة والندامة فانه لا يعزر بالاجماع والثاني ان يرجع من غير توبة وهو مصر على ما كان فانه يعزر بالاجماع والثالث انه لا يعلم رجوعه باى سبب فانه على الاختلاف الذى ذكرنا فعلى هذا ومن اقر انه شهد زورا

تصريح بانه انما يجب التشهير اما التعزير على الاختلاف الذي ذكرنا على من اقر على نفسه انه شهد كاذبا متعمدا واما اذا قال غلطت او نسيت او اخطات او رددت شهادته لتهمة او لمخالفة بين الشهادة والدعوى او بين شهادتين فانه لا يعزر لانا لا ندري من هو الكاذب بعد المشهود له او الشاهدان او احدهما وقد يكذب المدعى لينسب الشاهد الى الكذب ولا يمكن اثباته بالبينة لانه من باب النفي والبينة حجة الاثبات ولا تهمة في اقراره على نفسه فيقبل اقراره ويجب عليه موجبه من الضمان والتعزير وكذا اذا شهد بقتل شخص او موته ثم جاء المشهود بقتله او بموته حيا لتيقننا بكذبه ويعم الرجال والنساء واهل الذمة في شاهد الزور سواء وهل تقبل شهادته بعد ذلك اذا تاب قالوا ان كان فاسقا تقبل لان الذي حمله على الشهادة الباطلة فسقه فاذا تاب وظهر صلاحه يقبل لزوال الفسق واختلفوا في مقدار مدة التوبة فقدره بعضهم بسنة اشهر وبعضهم بسنة والصحيح انه مفوض الى راى القاضي وان كان عدلا او مستورا لا تقبل شهادته ابدا لان عدالته لا تعتمد وروى الفقيه ابو جعفر عن ابي يوسف ان شهادته تقبل وبه يفتي مخلص لنا من جميع ما ذكرنا في هذا الكتاب ان الشهادة ترد لسبب التهمة وسببها انواع اما معنى في الشاهد وهو الفسق والعمى واما معنى في المشهود له وهو وصلة خاصة بينه وبين الشاهد كقرابة الولاد والزوجية واما الدليل شرعي وهو في حق المحدود في القذف بعد التوبة لان الله تعالى جعل عجزه عن الاثبات باربعة شهداء دليل كذبه بقوله تعالى فاذ لم ياتوا بالشهداء فاولئك عند الله هم الكاذبون

كتاب الرجوع عن الشهادة

اعلم ان الشهادة فرض لقوله تعالى واقيموا الشهادة لله وقوله تعالى ومن يكتمها فانه اثم قلبه وقال عليه السلام كاتم الشهادة كشاهد الزور وشاهد الزور من الكبائر على ما بينا وقال عليه السلام الشاهد بالزور لا يرفع قدميه من مكانهما حتى تلعنه ملائكة السموات والارض فيجب على كل مسلم الاجتناب عنهما اذا وقعت منه خطاء او عمدا يجب عليه ان يتوب والتوبة عنها لا تنفع الا عند الحاكم ولا يمنعه عنها الاستحياء من الناس وخوف اللائمة لان الاستحياء من الخالق اولى من الاستحياء من المخلوق وفيه تدارك ما اتلف بالزور لان رجوعه مقبول في حق نفسه وان لم يقبل في حق المدعى ثم ركن الرجوع ان يقول رجعت عما شهدت به او شهدت بزور فيما شهدت وشرطه ان يكون في مجلس القاضي وحكمه بعد القضاء التعزير والضمان وقبله التعزير فقط قال ره ولا يصح الرجوع الا عند قاض لانه فسخ للشهادة فيختص بما تختص به الشهادة من مجلس الحاكم اى حاكم كان كالفسخ في باب البيع حيث يشترط لصحته ما يشترط في البيع من قيام المبيع ورضا المتبايعين ولان الرجوع عن الشهادة توبة عما ارتكب من قول الزور والتوبة بحسب الجناية على ما قال عليه السلام السر بالسر والعلانية بالعلانية فاذا كانت الجريمة بحضرة الحاكم يجب ان يكون توبتها كذلك واذا كان الرجوع عند غيره غير صحيح فلو اقام المقضي عليه بشهادتهما بينة بانهما رجعا عند غير القاضي او طلب يمينهما لا تقبل بينته ولا يحلفان لانه ادعى رجوعا باطلا الا ما اذا اقرا انهما رجعا عند غير القاضي حيث يصح اقرارهما او اقر بالرجوع باطل لان اقرارهما به يجعل رجوعا منهما في الحال وبخلاف ما اذا اقام البينة انهما رجعا عند قاض اخر غير الذي كان قضى بالحق حيث تقبل هناك بينته لانه ادعى رجوعا صحيحا قال ره فان رجعا قبل حكمه لم يقض بها لان كلامهما متناقض فالقاضي لا يحكم بالكلام المتناقض ولا ضمان عليهما لاحد الخصمين لانهما لم يتلفا شيئا على احد بهذه الشهادة لان الشهادة لم يثبت بها الحق الا بالقضا فلم يتلفا على المدعى عليه شيئا ولا على المدعى لان عدم ثبوت حقه لا يضاف الى رجوعهما بل هو باق على اصل العدم على ما كان غاية الامر ان يقال لولا رجوعهما لقضى بشهادتهما ولثبت له الحق لكن ذلك لا يوجب الضمان كما لو ابيا ان يشهدا ابتداء ولان القاضي انما يقضي بشهادتهما اذا ثبت عدالتهما عنده وغلب على ظنه انهما صادقان ولا يعرف ذلك الا بعد الحكم لجواز ان يجرحا ولان المدعى على دعواه فلعله يشهد له غيرهما من العدول فيثبت حقه ولا يتوى لان التوى هو مضاف الى عجزه لا اليهما قال ره وبعده لم ينقض

اي اذا رجعوا بعد ما حكم الحاكم بشهادتهم لم يفسخ الحكم لان كلا منهما متناقض فكما لا يحكم بالمتناقض لا ينتقض
الحكم بالمتناقض لانهما مستويان في الدلالة على الصدق وقد ترجح الاول باتصال القضا به فصار نظير ما لو
شهد ابن عمر واقتله بكر بالكوفة وشهد اخران انه قتله عمر فانهما قبل القضا يردان وبعده لا ينتقض
الترجيح باتصال القضا به ولانه لو نقض ادى الى النقض الى ما لا يتناهى برجوعه عن الرجوع ثم برجوعه عن هذا
الرجوع الاخير الى غير نهاية **قال** وضمنا ما اتلفاه المشهود عليه اذا قبض المدعي المال دينا او عينا لان التسبب
على وجه التعدي يوجب الضمان كحفر البير ووضع الحجر على الطريق وقد وجد ذلك منهما وقال الشافعي رحمه الله
لا يضمنان لانه لا عبرة للتسبيب مع وجود المباشرة قلنا لا يمكن ايجاب الضمان على القاضي عند رجوع الشهود
وان كان مباشرا لانه ملجأ من جهتهما فان القضا واجب عليه بعد ظهور عدالتهم حتى لو امتنع ياثم ويستحق العزل
ويعزر ولو اوجبنا عليه الضمان لامتنع الناس عن تقلد القضا مخافة الغرامة ولا يمكن استيفاوه من المدعي
لان الحكم قد مضى فتعين صاحب السبب عند تعذر اضافة الحكم الى صاحب العلة كوضع الحجر على الطريق ومن العجب ان
الشافعي يوجب القصاص على شهود القصاص اذا رجعوا بعد ما قتله الولي وهو يسقط بالشبهة وامر الدم اعظم
ثم لا يوجب عليهم المال وهو يثبت مع الشبهة ويقول ان القاضي ملجأ ولا يقول ذلك في المال وهذا تناقض ظاهر
ولا يقال انتم ايضا تناقضتم في قولكم فانكم اوجبتم على الشاهد المال اذا رجع ولم توجبوا عليه القصاص وكل واحد
منهما جزا الجناية لانا نقول القصاص نهاية العقوبة فلا يجب الا بنهاية الجناية والسبب فيه قصور ولهذا
لا يعتبر مع المباشرة الا اذا تعذر اعتبار المباشرة فكانت فيه شبهة والقصاص يسقط بالشبهة دون ضمان المال
الا ترى ان القصاص لا يجب في الخطا والمال يجب والخطا اقوى من التسبيب لوجود المباشرة فيه ولهذا يوجب حرمان
الارث بخلاف التسبيب فاولى ان يسقط به القصاص وقوله اذا قبض المدعي المال دينا كان او عينا وهذا اختيار
شمس الايمة السرخسي رحمه الله لان الاتلاف يتحقق بقبض المدعي ماله ولا فرق في ذلك بين العين والدين وقال شيخ الاسلام
ان كان المشهود به دينا فكذلك وان كان عينا يجب على الشهود الضمان وان لم يقبض المشهود له لان الضمان مقيد
بالمماثلة ففي العين زال ملك المشهود عليه عنها بالقضا الا ترى ان المقضي عليه لا يجوز له ان يتصرف فيها وجاز
للمقضي له ذلك وفي الدين لا يزول ملكه عنه حتى يقبضه فلو رجع عليه قبله لم تتحقق المماثلة اذ لا مماثلة بين
اخذ العين وايجاب الدين وفي العين يتحقق وكذلك في العقار يضمنه قبل القبض عندهم لان العقار يضمن بالاتلاف
بشهادة الزور بخلاف الغصب عند ابي حنيفة وابي يوسف لعدم تحققه فيه وهذا الاتلاف يتحقق فيه لانه اتلاف
بالكلام فصار كالوديعة فانه لو اودع العقار عند شخص فاقر به المودع لغيره فانه يضمن المودع لتحقق
الاتلاف فيه بهذا الطريق وان لم يتحقق بطريق الغصب وان شهدا عليه بانه ابراه من الدين او حاله
او تصدق عليه به او وهبه اياه ثم رجعا ضمنا المال المشهود به لان الدين يصير مالا في العاقبة بالقبض
فيتحقق الاتلاف فيه بخلاف ما اذا شهدا بالعفو عن القصاص ثم رجعا حيث لا يضمنان لان القصاص ليس بمال
لان المال غير الادمي **قال** فان رجع احدهما ضمن النصف والعبرة لمن بقي لا لمن رجع وهذا هو الاصل في
باب الرجوع عن الشهادة ولولا ذلك لوجب الضمان مع بقاء من يقوم بكل الحق بان بقي النصاب وفي هذه
المسئلة بقي من يقوم بنصف الحق فيجب ضمان النصف ولا يقال لا يجوز ان يثبت الحكم ببعض العلة فوجب ان لا
يبقى به ايضا لانا نقول يجوز ان يبقى الحكم ببعض العلة وان لم يثبت به ابتداء كالحول المنعقد على النصاب
يبقى ببقاء بعض النصاب وان لم ينعقد به ابتداء **قال** فان شهد ثلاثة ورجع واحد لم يضمن لانه بقي
من يبقى بشهادته كل الحق لان شهادة شاهدين تكفي لثبوت الحق في غير الزنا والكلام فيه وقد بقيت فصار
الحق مستحقا بهما والاستحقاق يمنع وجوب الحق كمن اتلف مال انسان ثم استحقه المتلف ببينة لا يضمن للاول
شيئا فكذا هذا **قال** وان رجع اخر ضمنا النصف لانه بقي منهم واحد فيبقى ببقائه نصف الحق ولا يقال ينبغي

ان لا يضمن الراجع الاول لان التلف كان مضافا الى الباقين ولهذا لم يضمن شيا برجوعه لانا نقول التلف
مضاف الى المجموع الا انه عند رجوع الاول لم يظهر اثره لمانع وهو بقاء الشاهدين فلما رجع اخر ظهر اثره
اذ لم يبق الا من يقوم بنصف الحق اذ ليس احدهما اولى من الاخر وهذا كما يلزم جميعهم الضمان اذا رجعوا
وهم ثلاثة وليس لواحد منهم ان يقول لا يلزمني الضمان لاني لو رجعت وحدي لما وجب علي الضمان برجوع
غيري **قال** وان شهد رجل وامراتان فرجعت امراة ضمنت الربع لبقاء ثلاثة الارباع ببقاء رجل وامراة
اذ الرجل وحده بالنصف **قال** وان رجعتا ضمنتا النصف لانه ببقاء الرجل بقي نصف الحق وعلى هذا لو
شهد رجلان وامراتان فرجع رجل وامراة فعليهما الربع اثلاثا وان رجع رجلان فعليهما النصف وان رجعت
امراتان فلا شيء عليهما وهو ظاهر **قال** وان شهد رجل وعشر نسوة فرجعت ثمان لم يضمن لانه بقي من يبقى
بشهادته كل الحق وهو الرجل والمراتان **قال** فان رجعت اخرى ضمن ربعه لانه ببقاء الرجل والمراة بقي
ثلاثة ارباع الحق النصف بالرجل والربع بالمراة **قال** وان رجعوا فالغرم بالاسداس يعني سدسه على الرجل
وخمسة اسداسه على النسوة وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما على الرجل النصف وعلى النسوة النصف لانهن
وان كثرن يقمن مقام رجل واحد ولهذا لا تقبل شهادتهن الا بانضمام رجل فعلم ان الحجة لا تتم بهن ما لم
يشهد معهن رجل فكان الثابت بشهادته نصف الحق وبشهادتهن النصف وهذا لان الرجل متعين في هذه الشهادة
للقيام بنصف الحجة فلا تتم الحجة الا بوجوده فلا يتغير هذا الحكم بكثرة النساء فاذا ثبت نصف الحق بشهادته
ضمن ذلك عند الرجوع والنصف الاخر ثبت بشهادتهن فعليهن ضمانه عند الرجوع ولابي حنيفة ان كل امراتين
يقومان مقام رجل واحد قال عليه السلم في نقصان عقلهن عدلت شهادة كل اثنتين بشهادة رجل واحد فصار
كما اذا شهد بذلك ستة رجال ثم رجعوا فيكون الضمان عليهم اسداسا وعدم الاعتداد بكثرتهن عند
انفرادهن لا يلزم منه عدم الاعتداد بكثرتهن عند الاجتماع مع الرجال الا ترى ان كل اثنتين منهن في
الميراث يقومان مقام ابن واحد وعند انفرادهن لهن الثلثان فلا يزداد نصيبهن بكثرتهن وان اختلطن
بابن يزيد فعند بكثرتهن فكذا هذا وان رجع النسوة العشرة دون الرجل كان عليهن نصف الحق بالاتفاق
لانه بقي من يبقى به نصف الحق وهو الرجل وكذلك اذا رجع الرجل وحده عليه نصف الحق لبقاء من يقوم
بالنصف وقال في المحيط ان رجع الرجل وثمان نسوة فعلى الرجل نصف الحق ولا شيء على النسوة لانهن
وان كثرن يقمن مقام رجل واحد وقد بقي من النساء من يثبت بشهادتهن نصف الحق فيجعل الراجعات كانهن
لم يشهدن وهذا سهو بل يجب ان يكون النصف اخماسا عنده وعندهما انصافا وذكر الاسبيجابي انه لو رجع
رجل وامراة كان النصف بينهما اثلاثا ولو كان كما قال لما وجب على المراة شيء وان شهد رجلان وامراة
ثم رجعوا فالضمان عليهما دون المراة لان الواحدة ليست بشاهدة بل هي بعض الشاهد فلا يضاف الحكم اليه
بخلاف ما اذا شهد رجلان وامراتان ولو شهد رجل وثلاث نسوة ثم رجعوا فعندهما على الرجل النصف وعلى
النسوة النصف وعنده عليه الخمسان وعليهن ثلاثة الاخماس على الاصل الذي تقدم ولو رجع الرجل وامراة
فعليه النصف كله عندهما ولا يجب على المراة شيء وعنده عليه وعلى الراجعة اثلاثا على ما تقدم **قال** وان
شهد رجلان عليه او عليها بنكاح بقدر مهر مثلها ورجعا لم يضمنا سواء كانت هي المدعية او هو ومراده
هذا بقوله عليه او عليها لان المشهود عليه اتلفا عليه شيئا بعوض يقابله ولا اتلاف بعوض كلا اتلاف
فان قيل هذا يستقيم في حقها لانهما اتلفا عليها البضع بعوض متقوم واما في حق الزوج فغير مستقيم لان
البضع غير متقوم وقد اتلفا عليه المال المتقوم بمقابلته فوجب ان يضمناه مطلقا قلنا البضع متقوم حالة
دخوله في الملك والكلام فيه **قال** وان زاد عليه ضمنا ها اي ان زاد على مهر المثل ضمنا الزيادة هذا اذا كانت
هي المدعية للنكاح وهو ينكر لانهما اتلفا على الزوج قدر الزيادة بلا عوض ولم يذكر الحكم فيما اذا شهدا عليها

بالنكاح باقل من مهر المثل فكذلك انهما لا يضمنان لها شيئا لان منافع البضع غير متقومة عند الاتلاف فلا تضمن
بالمتقوم اذ التضمين يستدعي المماثلة وانما تضمن وتتقوم بالتملك ضرورة ابانة خطر المحل فصار الاصل
ان المشهود به اذا لم يكن مالا كالقصاص والنكاح لا يضمن الشهود عندنا خلافا للشافعي رحمه الله وان كان مالا
فان كان الاتلاف بعوض يعادله فلا ضمان عليهم لما ذكرنا وان كان بعوض لا يعادله لا يضمن بقدر العوض ويضمن
الزيادة لخلوها عن العوض وتخرج المسائل على هذا ولو شهدا عليها بقبض مهرها او بعضه فقضى بشهادتهما
القاضي ثم رجعا ضمنا لها لانهما اتلفا عليها قيمة البضع وهو المهر قليلا كان او كثيرا دون البضع ولو شهدا
عليها انه تزوجها على الف ومهر مثلها خمسمائة وانها قبضت الالف وهي تنكر فقضى بشهادتهما ثم رجعا ضمنا
لها مهر المثل لا المسمى لان حق الاستيفاء لم يثبت لها فيه اذ لم يقض بوجوبه لان القضاء بالنكاح مع قبض المهر
قضاء بازالة ملكها عن المعقود عليه لا قضاء بالمسمى لانه اذا كان مقبوضا لا يحتاج الى القضاء به فلم تقع
الشهادة بالقبض اتلافا للمسمى لعدم وجوبه اصلا بل وقعت اتلافا للبضع فيضمنان قيمته هكذا ذكره في التحرير
وهو وارد على ما ذكرنا من قبل من المذهب من حيث انه اوجب على الشهود قيمة البضع مع عدم وجوبه بالقضا
ومقتضى المذهب ان لا يجب شيء على ما بينا وهو ان منافع البضع غير متقوم عند الاتلاف وانما تتقوم على الزوج
عند تملكه اياه ولو شهدا بالنكاح على الف ولم يشهدا بالقبض حتى قضى به ثم شهدا بالقبض ثم رجعا عن الشهادتين
ضمنا للمراة الفا لانهما لما شهدا بالنكاح بالف ثبت لها حق الاستيفاء لان الالف قد تقرر عليه بالقضا بالنكاح
ثم بشهادتهما اتلفا عليها ذلك فيضمنان جميعه ولو ادعى على امراة انه تزوجها على مائة وقالت تزوجتني على
الف وذلك مهر مثلها فاقام الزوج شاهدين بما ادعى وقضى له بذلك وقد دخل بها ثم رجعا ضمنا لها تسعمائة
في قول ابي حنيفة ومحمد ولم يضمنا شيئا في قول ابي يوسف وهو مبني على مسئلة النكاح في اختلاف الزوجين في المهر
فعندهما القول قولها الى مهر مثلها ولولا شهادتهما لقضي لها عليه بالالف فاتلفا عليها من ذلك تسعمائة فيضمنانه
وعنده القول قوله فلم يتلفا عليها شيئا وهذا يبين ان المراد بقوله الا ان ياتي بشيء مستنكر ما لا يصلح ان يكون
مهرا في الشرع وهو ما دون عشرة دراهم وان اتلفا منفعة بان شهدا انه اكرى دابته [illegible] واجر مثلها
مائتان وركبها ثم رجعا لم يضمنا ان كان المدعي هو المستاجر والمنكر صاحب الدابة لانهما اتلفا على صاحب الدابة
مجرد المنفعة من غير عقد ولا شبهة عقد وذلك لا يوجب الضمان لما عرف وان كان المدعي صاحب الدابة
والاخر ينكر ضمنا له ما زاد على اجر المثل لانهما اتلفا عليه ذلك القدر بلا عوض وقدر اجر المثل بعوض فلم يضمناه
قال رح ولم يضمنا في البيع الا ما نقص من قيمة المبيع يعني اذا شهدا على البايع بانه باع ثم رجعا عن الشهادة
لم يضمنا له اذا كان البيع بمثل القيمة او اكثر لانهما اتلفا عليه المبيع بعوض يعدله او يفوقه والاتلاف بعوض
كلا اتلاف وان شهدا عليه بانه باع باقل من القيمة ضمنا النقصان لان ذلك القدر اتلفاه عليه بلا عوض
ولا فرق في ذلك بين ان يكون البيع بشرط الخيار للبايع او كان باتا لان السبب هو البيع السابق فيضاف
الحكم اليه عند سقوط الخيار بمضي المدة فيكون التلف مضافا اليهما فان قيل البيع بشرط الخيار للبايع لا يزيل
ملك البايع عن المبيع وقد كان متمكنا من دفع الضرر عن نفسه بفسخ البيع في المدة فاذا لم يفعل فقد رضي بالبيع
فوجب ان لا يضمنا له شيئا قلنا السبب الموجب لزوال الملك هو البيع المشهود به وان تاخر حكمه وهو زوال
الملك ولهذا استحق المشتري المبيع بزوايده عند النفاذ فكان الاتلاف حاصلا بشهادتهما فيضمنان
وهذا لان البايع كان ينكر البيع فلو يمكنه ان يتصرف بحكم الخيار لانه يصير كالمقر بالبيع فيتناقض كلامه عند
الناس فيكون كاذبا عندهم فيتوقاه حذرا من ذلك حتى اذا اجازه باختياره ليس له ان يرجع على الشهود
لانه اتلفه باختياره ولا يضاف الحكم الى المسبب مع وجود المباشر وهذا اذا شهدا بالبيع ولم يشهدا
بنقد الثمن وان شهدا بنقد الثمن مع انهما شهدا بالبيع ينظر فان شهدا بالبيع مثلا فقضى به القاضي ثم شهدا

وهذه مخالفة على المتن

مسئلة الدابة

عليه بعد القضاء بقبض الثمن فقضى به ثم رجعا عن الشهادتين ضمنا الثمن لان الثمن تقرر في ذمة المشتري
بالقضاء ثم اتلفاه عليه بشهادتهما بالقبض فيضمنانه وان كان الثمن اقل من قيمة المبيع يضمنان الزيادة ايضا مع
ذلك لانهما اتلفا عليه هذا القدر بشهادتهما الاولى وان شهدا عليه بالبيع وقبض الثمن جملة واحدة
فقضى به ثم رجعا يجب عليهما القيمة فقط لان القاضي يقضي بالبيع لا بوجوب الثمن لان القضاء بالثمن يقارنه
ما يوجب سقوطه وهو القضاء بالقبض والقضاء بالشيء اذا اقترن به ما يوجب بطلانه لا يقضى به ولهذا
قلنا لو شهد شاهدان بالبيع والاقالة دفعة واحدة ان القاضي لا يشتغل بالقضاء بالبيع لاقتران ما يوجب
انفساخه وهو القضاء بالاقالة فكذا هذا ولو شهدا على رجل بالشراء فقضى به ثم رجعا فان كان بمثل قيمته
او اقل لم يضمنا للمشتري شيئا لان الاتلاف بعوض لا يكون اتلافا في المعنى على ما بينا وان كان باكثر من قيمته
ضمنا ما زاد على قيمته للمشتري لانهما اتلفا عليه الزايد بغير عوض فيضمنانه له وكذا اذا شهدا عليه بالشراء
بشرط الخيار للمشتري وجاز البيع بمضي المدة وان جاز باجازته لا يضمنان على ما بينا في حق البايع
قال رح وفي الطلاق قبل الوطي ضمنا نصف المهر يعني اذا شهدا بانه طلق امراته قبل الدخول بها ثم رجعا ضمنا
للزوج نصف المهر لانهما اكدا عليه ما كان على شرف السقوط لان احتمال ارتدادها او تقبيل ابن زوجها ثابت
فيحتمل ان يوجد ذلك منها فيسقط المهر وللتاكيد حكم الايجاب فصارا كانهما اوجبا عليه الا ترى ان المحرم
اذا اخذ صيدا فقتله اخر في يده يلزم الاخذ الجزاء ثم يرجع به على القاتل لانه قرر عليه ما كان على شرف الزوال
بالتسبيب وللتقرير حكم الايجاب ولان الفرقة قبل الدخول في معنى الفسخ فلا توجب شيئا اذا لم تكن من جهته وهما
باضافة الفرقة اليه الزماه نصف المهر فيضمنان له ذلك وينتقض هذا بمسئلتين ذكرهما في النهاية احدهما امراة
لها على رجل الف درهم مؤجل فشهد شاهدان انه حال فاخذته منه ثم ارتدت والعياذ بالله ولحقت بدار
الحرب وسبيت ثم رجع الشهود عن شهادتهم لا يضمنون وهذا الذي كان على شرف السقوط لانه لو كان مؤجلا
على حاله لسقط بارتدادها والثانية لو ان رجلا قتل امراة قبل ان يدخل بها زوجها حتى لزمه جميع المهر لا يرجع
على القاتل وان وجد التاكيد منه اذ لولا قتله كان احتمال السقوط ثابتا لكن نقول القتل منه للنكاح والشيء
بانتهائه يتقرر والدين المؤجل ثابت في الحال وانما تاخرت المطالبة ولهذا لو مات من عليه الدين يحل ولم يوكدا
بشهادتهما شيئا اذ تحصيل الحاصل محال او نقول لا نسلم ان دينها يسقط بل يكون لورثتها فيقضى به ديونها
فلا يسقط فبطل السؤال من الاصل والابن اذا اكره امراة ابيه وزنا بها يلزم اباه نصف المهر ثم يرجع به على
الابن لان الابن باكراهها اياها الزم اباه نصف المهر فصار نظير الشهود ولو رجع الشهود بعد موت الزوج
[illegible] الورثة لانهم قايمون مقامه ولم ترث لوقوع الفرقة بالقضا قبل موته ولو شهدا بعد موت الزوج
انه طلقها في حياته قبل الدخول بها ثم رجعا لم يضمنا للورثة لان الشهادة وقعت لهم وضمنا للمراة نصف
الصداق والميراث لان المهر كان موكدا ظاهرا بالموت بحيث لا يسقط بمسقط وكذا الميراث كان واجبا لها
فهما بهذه الشهادة ابطلا عليها نصفا مؤكدا من المهر وارثا ثابتا بالظاهر فيضمنان لها ذلك ذكره في الكافي
قال رح ولم يضمنا لو بعد الوطي يعني لو شهدا انه طلقها بعد ما دخل بها فقضى بشهادتهما ثم رجعا عن
الشهادة لم يضمنا لان المهر تاكد بالدخول لا بشهادتهما وقال الشافعي رحمه الله يضمنان للزوج مهر المثل وكذا اذا
قتلها قاتل يضمن القاتل للزوج مهر المثل عنده وكذا اذا ارتدت المراة يجب عليها ان تغرم للزوج نصف المهر
لان البضع متقوم الا ترى انه متقوم حال الدخول حتى لا يتصور ان يتملك بلا عوض فكذا عند خروجه
عن ملكه لانه انما يخرج عن ملكه عين ما دخل في ملكه فمن ضرورة تقومه في احدى الحالتين تقومه في الحالة
الاخرى كملك اليمين ولنا ان ملك الزوج ضروري فلا يظهر الا في حق استيفاء منافع البضع الا ترى انه لم يلزمه
ان يضمن المتلف بالوطي شيئا حتى لو وطئت بشبهة كان العقر لها ولو كان ملكه متقوما كان له وكان له ان يزوجها

على الشهادتين

اذا كانت السبب الفرقة من جهة المراة

بعد ان شهدوا في حياته بانه طلقها قبل الدخول

من انسان كملك اليمين ولان الضمان من شرطه المماثلة ولا مماثلة بين البضع والمال لا صورة ولا معنى فلا
يكون مضمونا واما عند دخوله في ملك الزوج فالمتقوم هو المملوك دون الملك الوارد عليه وتقومه لاظهار
خطر ذلك المحل حتى يكون مصونا عن الابتذال ولا يملك مجانا فان ما يملك مجانا لا يعظم خطره عند اصابته
وذلك لان المحل له خطر مثل النفوس لان النسل يحصل به وهذا المعنى لا يحصل في طرف الازالة فانها لا تملك على الزوج
شيئا لكن يسقط عنها ملك الزوج الا ترى ان ما هو مشروط لمعنى الخطر عند التملك كالشهود والولي لا يشترط
شيء منه عند الازالة ولكونه غير متقوم في حالة الخروج دون الدخول ليس له ان يخلع ابنته الصغيرة على مالها
من زوجها وله ان يزوج ابنه الصغير على ماله بخلاف ملك اليمين فانه ملك مال والمال مثل المال وعند الاتلاف
يضمن بالمال قال رحمه وفي العتق ضمنا القيمة اي اذا شهدا باعتاق عبد فحكم الحاكم بعتقه ثم رجعا عن الشهادة
ضمنا قيمة العبد لسيده لانهما اتلفا عليه مالية العبد من غير عوض والولاء للذي شهدا عليه بالعتق لان العتق
لا يتحول اليهما بهذا الضمان فلا يتحول الولاء ولا يمتنع وجوب الضمان عليهما بثبوت الولاء للمولى لان الولاء
ليس بمال متقوم بل هو كالنسب لقوله عليه السلام الولاء لحمة كلحمة النسب فلا يكون الضمان بدلا عنه بل عما اتلفا
عليه من ملك المال وهذا الضمان لا يختلف بين ان يكونا موسرين او معسرين لانه ضمان اتلاف الملك بخلاف ضمان
الاعتاق لانه لم يتلف الا ملكه ولكنه لزم مع ذلك منه فساد ملك صاحبه فاوجب الشارع عليه المواساة صلة
والصلة تجب على الموسر دون المعسر كالزكاة ونفقة الاقارب ولو شهدا عليه بانه دبره فقضى القاضي بذلك ثم
رجعا ضمنا ما نقصه التدبير لانهما اوجبا للعبد حق العتق وبذلك تنتقص ماليته فاذا مات المولى عتق ان خرج
من الثلث ويضمنان للورثة بقية قيمته ولو لم يكن له مال سواه عتق ثلثه ويسعى في ثلثيه ويضمنان للورثة
ثلث قيمته وان كان العبد معسرا ضمنا جميع قيمته مدبرا ويرجعان به عليه اذا ايسر ولو شهدا انه كاتب عبده
فقضى بالكتابة ثم رجعا ضمنا قيمته كلها لانهما حالا بينه وبين عبده فصارا كالغاصب له بخلاف التدبير ثم
الشاهدان يتبعان المكاتب بالكتابة على نجومها لانهما قاما مقام المولى في ذلك حين ضمنا قيمته وكان من قضية
الضمان ان يملكا كيلا يجتمع البدلان في ملك شخص لكن المكاتب لا يقبل النقل من ملك الى ملك ولا يعتق المكاتب حتى يؤدي
ما عليه كما كان قبل رجوعهما فاذا ادى عتق والولاء للمولى لانه هو المكاتب له وانما الشاهدان قاما مقامه في
اخذ بدل الكتابة منه لا غير فاذا ادى اليهما كاداه الى المولى ويطيب لهما ما اخذا من المكاتب ان كان بدل الكتابة
مثل قيمته او اقل وان كان اكثر تصدقا بالفضل وان عجز ورد في الرق كان لمولاه لان رقبته لم تصر ملكا للشاهدين
لما ذكرنا ويرد المولى ما اخذ من الشاهدين لان الحيلولة قد بطلت بعجز المكاتب فصار نظير ما اذا غصب المدبر
فابق عنده فضمنه المولى قيمته ثم جاء من الاباق فانه يجب على المولى ان يرد على الغاصب ما اخذ منه فكذا هذا
ولو اختار المولى ان يتبع المكاتب ولا يضمن الشهود كان له ذلك ولو شهدا انه اقر ان امته ولدت منه
والمولى ينكر فقضى القاضي بذلك ثم رجعا ضمنا على وجهين اما ان يكون معها ولد او لم يكن وكل وجه على وجهين
اما ان يكون الرجوع هنا حال حياة المولى او بعد وفاته فان لم يكن معها ولد وكان الرجوع حال حياة المولى
فانهما يضمنان للمولى نقصان قيمتها فاذا مات المولى عتقت فيضمنان للورثة باقي قيمتها لانه لولا شهادتهما
لورثها الورثة ففوتا عليهم هذا القدر وان رجعا بعد موت المولى ضمنا جميع قيمتها للورثة لانهما اتلفا
ذلك عليهم وان كان معها ولد ورجعا حال حياة المولى ضمنا نقصان قيمتها له لما ذكرنا وضمنا قيمة جميع الولد
لانه لولا شهادتهما كان عبدا له ففوتا عليه ذلك فاذا مات المولى بعد ذلك ان لم يكن مع الولد شريك في
الميراث لا يضمنان له شيئا ويرجعان على الولد بما قبض الاب منهما لان من زعم الولد ان رجوعهما باطل وقبض
الاب الضمان كان بغير حق فكان مضمونا عليه فيؤدى من تركته ان كانت له تركة والا فلا شيء على الابن لان من
اقر على مورثه بدين وليس له تركة لا يجب عليه شيء وان كان معه شريك فان الشاهدين يضمنان لشريكه

وغرم نقصان قيمة الام وجميع قيمة الولد

نصيبه من قيمة الولد ومن باقي قيمة الام ويرجعان على الولد بما قبض الاب منهما لما ذكرنا ان ترك مالا ولا يرجعان
بما اخذ منهما شريكه لانه في زعمه ظلمهما فلا يظلمهما هو وكذا في زعمهما فلا يظلمانه ولا يضمنان لشريكه ما اخذ
الولد بالارث وان رجعا بعد وفاة المولى فان لم يكن للولد شريك فلا ضمان عليهما لانه هو الوارث وحده
وهو يكذبهما في الرجوع وان كان له شريك في الميراث يضمنان له حصته من قيمة الولد ومن جميع قيمة الام
ولا يضمنان له ما ورثه الولد ولا يرجعان على الولد هنا بما اخذه منهما شريكه لان هذا ظلم شريكه لا ظلم ابيه
فلم يكن ذلك دينا على الميت حتى يقدم على الارث وانما يجب عليهما ان يضمنا جميع قيمتها لانهما اتلفاها
عليهم ولم يضمنا من قيمتها شيئا للمولى بخلاف المسئلة الاولى هذا كله فيما اذا كانت الشهادة حال حياة المولى
وان شهدا بعد وفاته والمسئلة بحالها فقضى بشهادتهما القاضي ثم رجعا فان لم يكن معها ولد ضمنا جميع
قيمتها للورثة لما ذكرنا وان كان معها ولد ضمنا قيمتها وقيمة الولد كلها وما اخذه الولد بالارث بخلاف
ما اذا كانت الشهادة في حال حياة المولى حيث لا يضمنان ما اخذه الولد من التركة والفرق بينهما ان الشهادة
في حال الحياة لا تكون شهادة بالمال والميراث لانه يجوز ان يموت الابن اولا فيرثه الاب فلا تكون شهادتهما
اتلافا للمال فلا يضمنان واما بعد الموت فشهادتهما وقعت على المال فيكون اتلافا له فيضمنان ذلك كله حتى الولد
نفسه لانه لولا شهادتهما كان عبدا ميراثا لهم قال رحمه وفي القصاص الدية ولم يقتص اي فيما اذا شهدا
بوجوب القصاص على شخص بان شهدا انه قتل فلانا عمدا فقضى القاضي به فقتل ثم رجعا تجب عليهما الدية
ولا يقتص منهما وقال الشافعي رحمه الله يقتص منهما لانهما تسببا للقتل فصارا كالمكره بل اولى لان الولي يعان
والمكره يمنع فكانت الشهادة افضى الى القتل واولى بوجوب القصاص عليهما ولنا انهما تسببا للقتل وليسا
بملجئين اذ الولي بالخيار ان شاء قتل وان شاء عفى بل جانب العفو مترجح والسبب لا يوجب القصاص كحفر البير ولان
القصاص نهاية العقوبة فلا يجب الا بنهاية الجناية وهو القتل مباشرة عمدا بالة صالحة له ولم يوجد ذلك
هنا لان الشهادة ليست بقتل حقيقة وانما تصير قتلا بواسطة ليست في يد الشاهد وهو حكم الحاكم واختيار الولي
قتل المشهود عليه والفعل الاختياري من المباشر يقطع النسبة الى المسبب كدلالة السارق وفتح باب القفص
وحل قيد العبد فلم يوجد منه القتل حقيقة لعدم المباشرة ولا حكما لعدم الالجاء لان الملجا هو الذي يخاف العقوبة
الدنيوية على نفسه فيؤثر نفسه بالطبع فيكون كمسلوب الاختيار ولم يوجد ذلك في حق الولي ولا في حق القاضي
لان القاضي انما يخاف العقوبة في الاخرة ولا يصير به ملجا لان كل واحد يقيم الطاعة خوفا من العقوبة في الاخرة
ولا يصير بذلك مقهورا والولي يباشر القتل باختياره وليس عليه حرج في العفو بل هو مندوب اليه فكيف
يتأتى الاكراه في حقه بخلاف المكره فان المكره يؤثر حياته فيقدم على القتل فينسب الفعل الى المكره والمكره
كالالة له ولان اقل احواله ان يكون شبهة والقصاص يسقط بها دون الدية لان المال يجب مع الشبهة
فان رجع الولي معهما او جاء المشهود بقتله حيا فالولي بالخيار ان شاء ضمن الولي الدية وان شاء ضمن الشاهدين
لان الولي متلف له حقيقة والشاهدان متلفان له حكما والاتلاف الحكمي مثل الحقيقي في حكم الضمان وايهما ضمن
لا يرجع على صاحبه عند ابي حنيفة وكذا عندهما ان ضمن الولي وان ضمن الشاهدين فلهما ان يرجعا على الولي لانهما
عاملان له في الشهادة فيرجعان عليه بما لحقهما بها كما لو شهدا له بقتل الخطا فقضى له بها واخذ الدية ثم
رجعوا جميعا وهذا لانهما لما ضمنا قاما مقام الولي وان لم يملكا القصاص فيرجعان عليه كغاصب المدبر
اذا غصبه منه اخر فهلك عند الثاني واختار المولى تضمين الغاصب الاول فضمنه فللغاصب ان يضمن الغاصب
منه لانه لما ضمن قام مقام المولى وان لم يملك المدبر وهذا لان القصاص مما يملك في الجملة حتى يملكه الولي
وورثته اذا ما تعين له القصاص ولكن بدل متقوم محتمل التمليك فيكون السبب معتبرا على ان يعمل في بدله
عند تعذر اعماله في الاصل كاليمين على مس السما تنعقد في ايجاب الكفارة الذي هو خلف عن البر لما كان الاصل

هو البر وهو متصور الوجود عقلا وكذا شهود الكتابة اذا رجعوا ثم ضمنوا للمولى القيمة كان لهم ان يرجعوا
بها على المكاتب وان لم يملكوا منه شيا ولابي حنيفة رحمه الله ان الشهود ضمنوا لاتلافهم المشهود عليه حكما والمتلف
لا يرجع على من تسبب على غيره كالولي وهذا لانهم لو لم يكونوا متلفين لما ضمنوا مع المباشر اذ لا يعتبر مجرد
التسبب مع المباشر الا ترى ان الحافر لا يعتبر مع الدافع فثبت بهذا انهم جناة ومن ضمن جنايته لا يرجع على غيره
واما في الخطا فانما يرجعان عليه لانهما لما ضمنا ملكا الدية وقد اتلفه القابض بصرفه الى حاجته فيرجعان عليه
وانما ينعقد السبب موجبا للحكم على ان يحمل في بدله ان لو كان السبب مما يتصور وجود حكمه ولا يتصور وجود
الملك في القصاص بالضمان بحال فلا ينعقد في حق خلفه كاليمين الغموس ولو كان القصاص ملكا للانسان
حقيقة لم يضمنه المتلف عليه بان قتله شخص او شهد عليه شهود بالعفو ثم رجعوا لا يضمن القاتل ولا الشهود
شيا لولي القتيل وانعقاد السبب لا يكون اقوى من وجود الملك حقيقة ولهذا فارق مسئلة غصب المدبر
والمكاتب فان فيه لو كان مالكا حقيقة لكان يضمنه المتلف عليه فكذا اذا جعل كالمالك حكما باعتبار انعقاد
السبب له فيكون له ان يرجع بالمبدل لذلك قال رحمه الله وان رجع شهود الفرع ضمنوا لان التلف مضاف الى
شهادتهم لصدورها منهم في مجلس الحكم قال رحمه الله لا شهود الاصل بلم نشهد الفروع على شهادتنا او اشهدناهم وغلطنا
اي لا يضمن شهود الاصل بقولهم لم نشهد شهود الفرع او بقولهم اشهدناهم وغلطنا لان القضا وقع
بشهادة الفروع اذ القاضي يقضي بما يعاين من الحجة وهي شهادة الفروع وهذا لانهم بقولهم لم نشهدهم انكروا
السبب اصلا وهو الاشهاد وهو خبر يحتمل الصدق والكذب فلا يبطل القضاء به ولا يلتفت الى كلامهم بعد
القضا بخلاف ما اذا قالوا ذلك قبل القضا حيث لا يقضي به لانكارهم التحميل وهو شرط منها وقال محمد رحمه الله
يضمن شهود الاصل فيما اذا قالوا اشهدناهم وغلطنا لان الفروع قاموا مقام الاصول في نقل شهادتهم الى مجلس
القاضي فيحصل القضا بشهادة الاصول فلهذا تعتبر عدالتهم فصاروا كانهم حضروا بانفسهم مجلس القاضي
فشهدوا ثم رجعوا بخلاف ما اذا قالوا لم نشهدهم على شهادتنا حيث لم يضمنوا لانهم لم يرجعوا وانما انكروا التحميل
ولابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ان الموجود من الاصول شهادة في غير مجلس القاضي والشهادة في غير مجلسه لا تكون
سببا لاتلاف شي فلا يلزمهما الضمان وهذا لان الشهادة مختصة بمجلس القضا ولهذا اختص الرجوع به بنا
عليه التناسب ولا نقول ان الفروع نائبون منابهم في نقل شهادتهم الى مجلس القاضي فانهم بعد الاشهاد
لو منعوهم عن اداء الشهادة كان عليهم الاداء اذا دعاهم المدعي اليه ولو كانوا نائبين عن الاصول لما كان لهم
ذلك بعد المنع لكنهم يشهدون على ما حملوا وهو شهادة الاصول اياهم على شهادتهم فصار كما لو شهدوا
على نفس الحق وعلى هذا لو رجع الاصول بان قالوا اشهدناهم على ذلك وكنا رجعنا عن ذلك عندهما لا يضمنون
وعنده يضمنون والوجه قد بيناه من الجانبين قال رحمه الله ولو رجع الاصول والفروع ضمن الفروع فقط لان
الاتلاف حصل بالشهادة الموجودة في مجلس القاضي وهو من الفروع مباشرة من كل وجه والاصول مسببون
للتلف من وجه وقد عرف ان المباشر والمسبب اذا اجتمعا وهما متعديان كان الضمان على المباشر دون المسبب
وهذا عندهما وقال محمد رحمه الله المشهود عليه بالخيار ان شاء ضمن الاصول وان شاء ضمن الفروع لان القضا
وقع بشهادة الفروع من حيث ان القاضي عاين الشهادة من الفروع وقد وقع بشهادة الاصول من حيث ان الفروع
نائبون عنهم ونقلوا شهادتهم بامرهم فيتخير في تضمين اي الفريقين شاء والجهتان متغايرتان لان شهادة
الاصول على اصل الحق وشهادة الفروع على شهادة الاصول او نقول احدهما اشهاد والاخرى اداء الشهادة
في مجلس القاضي فلا يجمع بينهما في التضمين بل يجعل كل فريق كالمنفرد فيكون له الخيار كالغاصب مع غاصب
الغاصب وهذا لان التلف يثبت بالنقل والشهادة فالنقل من الفروع والاشهاد من الاصول فلولا اشهاد
الاصول لما تمكن الفروع ولولا نقل الفروع لما تمكن الاصول فكان فعل كل فريق في حق المشهود عليه سبب

ضمان

ضمان على سبيل المباشرة اما الفروع فظاهر لانهم نقلوا شهادة الاصول عند القاضي على وجه لو لم يعمل
القاضي بشهادتهم يأثم وكذلك الاصول مباشرون من حيث الحكم لان اداء الفروع منقول الى الاصول
لان الفروع مضطرون من جهة الاصول الى الاداء او بعد الاشهاد بحيث لو امتنعوا عن الاداء اثموا
فصاروا نظير القاضي لما الجاه الشهود الى القضا نسب اليهم فضمنوا ثم اي فريق ادى لا يرجع على صاحبه
لان كلا ضمن بجنايته بخلاف الغاصب اذا ضمن حيث يرجع على غاصب الغاصب لما عرف في موضعه قال رحمه الله
ولا يلتفت الى قول الفروع كذب الاصول او غلطوا يعني بعد الحكم بشهادتهم لان ما مضى من القضا
لا ينتقض بقولهم كما لا ينتقض برجوعهم ولا يلزمهم غرامة لانهم لم يرجعوا وانما شهدوا على غيرهم
بانهم كذبوا قال رحمه الله وضمن المزكون بالرجوع هذا عند ابي حنيفة وقالا لا يضمنون لانهم اثنوا على الشهود
خيرا فصاروا كما لو اثنوا على المشهود عليه بان شهدوا على احصان الزاني ثم رجعوا وهذا لانهم لم يثبتوا
سبب التلف وهو الزنا مثلا ولم يتعرضوا له بالاصالة وانما اثنوا على الشهود فصاروا في المعنى كشهود الاحصان
ولابي حنيفة انهم جعلوا ما ليس بموجب موجبا فصاروا بمنزلة من اثبت سبب الاتلاف وبيان ذلك ان الشهادة
لا توجب شيا بدون التزكية وسبب التلف الشهادة وهي لا تعمل الا بالتزكية فكانت التزكية علة العلة
وهي بمنزلة العلة في اضافة الحكم اليها بخلاف شهود الاحصان فانهم لم يجعلوا غير الموجب موجبا لان
الموجب هو الزنا وهم لا يثبتونه ولهذا يثبت الاحصان بشهادة النسا بخلاف التزكية لشهود الحد لان الشهادة
لا تعمل الا بها فصار التلف مضافا اليها كما يضاف الى الشهادة ولهذا لا يجوز ان تكون النساء مزكيات مع الرجال
في الحدود كما لا تصلح للشهادة فيها حتى لو اضافة الحكم اليها لصلحن للتزكية فيها وهذا لان التاثير هو المعتبر
والعلة مؤثرة في اثبات الحكم وكذلك علة العلة مؤثرة ايضا في اعمال العلة اذ الشهادة لا توجب العمل
الا بها بخلاف شهود الاحصان فان ذلك ليس بمؤثر في اثبات الزنا فانهم اثنوا عليه بقولهم انه حر مسلم تزوج امرأة
نكاحا صحيحا وقد دخل بها شرعا بالدخول عليها وهذه الخصال تمنع الزنا فلا تكون موجبة له لان الزنا
مذموم وهذه الخصال محمودة فهما متضادان فكيف يكون احدهما سببا للاخر فلما لم توجب الزنا لا توجب
الرجم ايضا بل هو موجب الزنا عند وجود الاحصان قال رحمه الله وشهود الزنا واليمين اي يضمن شهود اليمين
ومعنى المسئلة ان يشهدوا بتعليق العتق بشرط او بتعليق الطلاق بشرط قبل الدخول ثم رجعوا عنها فيجب
عليهما قيمة العبد ونصف المهر لانهم شهود العلة اذ التلف انما يحصل بسببه وهو الاعتاق او التطليق وهم
الذين اثبتوا ذلك بشهادتهم والشرط وان كان مانعا فاذا وجد الشرط اضيف التلف الى تلك الكلمة وهي العلة
دون حال المانع قال رحمه الله لا شهود الاحصان والشرط اي لا يضمن شهود الاحصان ولا شهود الشرط فيهما
خلاف زفر رحمه الله اما شهود الاحصان فهو يقول ان الجناية تتغلظ عنده فصار كحقيقة العلة ولانه شرط
لوجوب الرجم والشرط اذا سلم عن معارضة العلة صلح علة الا ترى ان حافر البير يضمن عند عدم من يلقي
والحفر شرط الوقوع فيضاف اليه الحكم قلنا ان الاحصان علامة وليس بشرط حقيقة لان حقيقة الشرط ان توجد
العلة بصورتها وتتوقف صيرورتها علة على وجود الشرط كتعليق العتق بالشرط فان العلة قد وجدت
بصورتها وهي قوله عبده حر ونحو ذلك وتوقفت صيرورتها علة على وجود الشرط وهنا لو زنى ثم احصن لا يرجم
ولكن اذا زنى وهو محصن عرفنا ان حكمه الرجم وهذا معنى العلامة فلا يتعلق به وجوب الرجم ولا وجوده
اذ الحكم لا يضاف الى العلامة المظهرة واما شهود الشرط فلا يخلو اما ان يرجعوا وحدهم او مع شهود
العلة وهي التعليق فان رجعوا مع شهود اليمين لا يضمنون وعند زفر يضمنون لان التلف حصل بشهادة
الفريقين جميعا قلنا شهود اليمين اثبتوا بشهادتهم العلة الموجبة للحكم وهو قوله انت حر او انت طالق
والاخرون اثبتوا الشرط والشرط لا يعارض العلة في اضافة الحكم اليه لان الحكم يضاف الى علته حقيقة

الاحصان يثبت بشهادة النساء

لانه هو المؤثر في الشرط مجازا لانه موجود عند الشرط والمجاز لا يعارض الحقيقة وان رجع شهود الشرط
وحدهم لا يضمنون عند بعض مشايخنا رحمهم الله لان الشرط اذا لم يعارضه العلة صلح لاضافة الحكم اليه وصار
علة لان العلل لم تجعل علة لذاتها فجاز ان يخلفها الشروط والصحيح ان شهود الشرط لا يضمنون على ما
نص عليه في الزيادات واليه مال شمس الائمة السرخسي والى الاول مال فخر الاسلام علي البزدوي واذا شهد
شاهدان بالتفويض وشاهدان بالايقاع ثم رجعوا كان الضمان على شاهدي الايقاع لانه العلة والتفويض
سبب

كتاب الوكالة

الوكالة الحفظ ومنه الوكيل في اسماء الله تعالى ولهذا قلنا فيمن قال وكلتك
على مالي انه يملك الحفظ فقط وقيل تركيبه يدل على معنى التفويض والاعتماد ومنه التوكل يقال على الله توكلنا
اي فوضنا امورنا والتوكيل تفويض التصرف الى الغير وسمي الوكيل وكيلا لان الموكل وكل اليه القيام بامره
اي فوضه اليه واعتمد فيه عليه والوكيل القائم بما فوض اليه وهو مشروع باجماع الامة وقد وكل رسول الله
صلى الله عليه وسلم حكيم ابن حزام بشراء الاضحية وقال الله تعالى حكاية عن اصحاب الكهف فابعثوا احدكم بورقكم
هذه الى المدينة الاية وكان البعث منهم بطريق الوكالة وشريعة من قبلنا شريعة لنا ما لم يظهر نسخه ولان
الانسان قد يعجز عن مباشرة التصرفات وعن حفظ ماله فيحتاج الى الاستعانة بغيره اشد الاحتياج فيكون مشروعا
دفعا للحرج والفاظها كل لفظ يدل على الاطلاق كقوله وكلتك او هويت او اجبت او رضيت او شئت
او اردت ولو قال لا انهاك عن طلاق امراتي لا يكون توكيلا **قال رحمه الله** صح التوكيل لما بينا من الادلة **قال رحمه الله**
وهو اقامة الغير مقام نفسه في التصرف اي التصرف الجائز المعلوم هذا في الشريعة حتى ان التصرف اذا لم يكن
معلوما يثبت به ادنى تصرفات الوكيل وهو الحفظ فقط وهو في اللغة ما بيناه من قبل **قال رحمه الله** ممن يملكه
اي ممن يملك التصرف لان شرط الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك التصرف لان الوكيل يستفيد ولاية التصرف
منه ويقدر على التصرف من قبله فلا يتصور ان يستفيد الولاية ممن لا ولاية له ولا قدرة له على التصرف
وقيل هذا على قول ابي يوسف ومحمد واما على قول ابي حنيفة فالشرط ان يكون خاصلا بما يملكه الوكيل فاما كون الموكل
مالكا للتصرف فليس بشرط حتى يجوز عنده توكيل المسلم الذمي ببيع الخمر والخنزير وتوكيل المحرم الحلال ببيع
الصيد وقيل المراد ان يكون مالكا للتصرف نظرا الى اصل التصرف وان امتنع في بعض الاشياء لعارض النهي
ولا بد ان يكون الموكل ممن تلزمه الاحكام لان المطلوب من الاسباب احكامها فاذا كان ممن لا يثبت له الاحكام
لا يصح توكيله كالصبي والعبد المحجور عليهما **قال رحمه الله** اذا كان الوكيل يعقل العقد ولو صبيا او عبدا محجورا
يعني يصح التوكيل بشرط ان يكون الوكيل ممن يعقل البيع وغيره من العقود ولو كان الوكيل صبيا او عبدا محجورا
عليهما والمراد ان يعرف ان الشراء جالب للمبيع وسالب للثمن والبيع على عكسه ويعرف الغبن الفاحش من اليسير
ويقصد بذلك ثبوت الحكم او الربح لا الهزل لان الوكيل قائم مقام الموكل في العبارة فلا بد ان يكون من اهل
العبارة ليكون قادرا على التصرف وذلك بالعقد **قال رحمه الله** بكل ما يعقده بنفسه اي يجوز التوكيل بكل شيء جاز
ان يعقده بنفسه لما ذكرنا من الحاجة والادلة ولا يرد على هذا التوكيل حيث لا يجوز له ان يوكل فيما وكل فيه
لان المراد به ان يعقده بنفسه لنفسه لا ما استفاده من جهة غيره من التصرفات لان ذلك تقيد بامره وكذا
لا يرد جواز توكيل المسلم الذمي ببيع الخمر ونحوه لانه عكس والنقض لا يكون الا في الطرد ويرد عليه الاستقراض
فانه يجوز ان يباشره بنفسه لنفسه ولا يجوز له ان يوكل فيه حتى لو وكل به واستقرض له الوكيل كان له
لا للموكل لان البدل في باب القرض لا يجب دينا في ذمة المستقرض بالعقد وانما يجب بالقبض والامر بالقبض
لا يصح لانه ملك الغير بخلاف البيع لان حكمه يثبت بالعقد فله ان يقيم غيره فيه مقامه ويجوز الرسالة في
الاستقراض لان الرسالة موضوعة لنقل عبارة المرسل لان الرسول معبر والعبارة ملك المرسل فقد امره بالتصرف
في ملكه باعتبار العبارة فيصح واما الوكالة فغير موضوعة لنقل عبارة الموكل فان العبارة للوكيل ولهذا

فيه التوكيل بالاستقراض جائز عند ابي يوسف خلافا لهما والرسالة في الاستقراض تجوز

حقوق العقد ترجع اليه دون الموكل ... **قال رحمه الله** وبالخصومة في الحقوق برضا
الخصم الا ان يكون الموكل مريضا او غايبا مدة السفر او مريدا للسفر او مخدرة اي يجوز التوكيل بالخصومة في جميع الحقوق
بشرط ان يرضى الخصم الا اذا كان معذورا بعذر من الاعذار التي ذكرها فحينئذ يجوز بغير رضا الخصم وهذا عند ابي حنيفة
رحمه الله وقالا يجوز التوكيل بالخصومة من غير رضا الخصم وان لم يكن به عذر وهو قول الشافعي رحمه الله لانه وكل
بما هو خالص حقه فيصح بدون رضا الخصم كالتوكيل بالقبض والايفاء ولان الحاجة ماسة الى تجويزه لانه اذ
لا يهتدي اليها كل احد او لا يرضى بها عند الحكام كل احد وقال عبد الله بن جعفر رضي الله عنه كان علي لا يحضر خصومة
ابدا وكان يقول ان الشيطان يحضرها وان لها قحما وكان اذا اخوصم في شيء من امور الدنيا وكل عقيلا فلما كبر عقيل
وكل عبد الله بن جعفر فقال هو وكيلي فما قضي عليه فهو علي وما قضي له فهو لي ولانه يملك مباشرتها بنفسه
من غير رضى خصمه فكذا يملك التوكيل بها من غير رضى الخصم كما في حقوقه ولابي حنيفة ان التوكيل حوالة
وهي لا تجوز الا برضى المحال عليه فكذا التوكيل وهذا لان الخصومة تختلف والجواب مستحق عليه فصار نظير الحوالة
الا ترى انه لا يوكل الا من هو الد واشد انكارا وتحصيله بذلك ضرر عظيم فلا يلزمه بدون التزامه كالحوالة
بخلاف ما اذا كان به عذر من الاعذار التي ذكرناها لان الجواب غير مستحق عليه في هذه الحالة فلا يكون فيه اسقاط
حق مستحق عليه ولا يقبل قوله اي اريد ان اسافر لكن القاضي ينظر في حاله وفي عدته انه لا تخفى هيئة من يسافر
والمتاخرون من اصحابنا اختاروا للفتوى ان القاضي اذا علم من الخصم التعنت في الاباء من قبول التوكيل لا
يمكنه من ذلك ويقبل التوكيل من الموكل من غير رضاه وان علم من الموكل قصد الاضرار بخصمه لا يقبل منه التوكيل
الا برضاه وهو اختيار شمس الائمة السرخسي رحمه الله ومن الاعذار الحيض من المدعى عليها اذا كان الحاكم في المسجد
... والحبس اذا كان من غير القاضي الذي ترافعوا اليه **قال رحمه الله** وبايفائها واستيفائها الا في حد او قود
ان غاب الموكل اي يجوز التوكيل بايفاء جميع الحقوق والاستيفاء لما بينا الا استيفاء الحدود والقصاص
فانه لا يجوز مع غيبة الموكل عن المجلس لانها تسقط بالشبهات فلا تستوفى بما يقوم مقام الغير لما فيه من نوع شبهة
على ما بين وقال الشافعي رحمه الله يستوفى القصاص في حال غيبة الموكل لانه حق العبد ولنا انه عقوبة فيسقط بالشبهات
وشبهة العفو ثابتة في حال غيبة الموكل لجواز ان يكون الموكل قد عفا بل هو الظاهر اذ العفو مندوب اليه
قال الله تعالى فمن تصدق به فهو كفارة له بخلاف ما اذا كان الموكل حاضرا لانه لا تتمكن فيه شبهة العفو وقد يحتاج
الموكل الى ذلك لقلة هدايته في الاستيفاء او لان قلبه لا يحتمل ذلك بخلاف الاستيفاء في غيبة الشهود
لان رجوعهم نادر فلا يتوهم ويجوز التوكيل باثبات القصاص وحد القذف والسرقة باقامة البينة فاذا قامت
وثبت الحق فللموكل استيفاؤه وقال ابو يوسف لا يجوز التوكيل باثباتها ايضا كما لا يجوز باستيفائها وقول محمد
مضطرب والاظهر انه مع ابي حنيفة الا انه يجيزه من غير عذر ولا رضا الخصم وعند ابي حنيفة لا يجوز الا باحدهما
وقيل هذا الخلاف في حال غيبة الموكل واما في حال حضرته فهو جائز اجماعا لان كل كلام يوجد من الوكيل ينتقل
الى الموكل ان لم يكن فيه عدته على الوكيل لما عرف في موضعه لابي يوسف رحمه الله ان الوكيل بمنزلة البدل عن الاصل
ولا مدخل للابدال في هذا الباب ولهذا لا يجوز فيه الشهادة على الشهادة ولا كتاب القاضي الى القاضي
ولا شهادة النساء ولا من الاخرس لان اشارته بدل عن العبارة ولان المقصود من الاثبات الاستيفاء واذا لم
يصح به لم يصح بالاثبات ايضا ولهما ان التوكيل يتناول ما ليس بحد ولا قصاص ولا يضاف وجوب الحد الى
الخصومة فيصح التوكيل فيها كما في ساير الحقوق وهذا لان وجوب الحد مضاف الى الجناية وظهوره مضاف
الى الشهادة والخصومة شرط محض لا اثر لها في الوجوب ولا في الظهور اذ الحكم لا يضاف الى الشرط ويمكن التدارك
اذا وقع فيه الغلط بخلاف الاستيفاء وعلى هذا الخلاف التوكيل بالجواب من جانب من عليه الحد والقصاص
وكلام ابي حنيفة فيه اظهر لان التوكيل فيه وقع بدفع دعوى القصاص والحدود ودفعها يثبت مع الشبهة

حد في اثبات القصاص

اعلم ان العقود التي يتعاطاها الوكلاء على ضربين ضرب يضيفه الوكيل الى نفسه ويستغني عن الاضافة الى الموكل كالبيع فانه يقول بعت واشتريت ولا يقول بعت واشتريت عن فلان بوكالتي عن فلان او اشتريت بنيابتي عنه وكذا الاجارة والصلح عن اقرار فان حقوق هذه العقود تتعلق بالوكيل حتى يطالب به دون الموكل فان وكل رجلا بالبيع فباع فمن حقوق البيع تسليم المبيع وقبض الثمن فيطالب الوكيل بهما دون الموكل وكذا الوكيل بالشراء فمن حقوقه قبض المبيع والخصومة في العيب والرجوع بالثمن عند الاستحقاق فكذا لا يطالب به الوكيل دون الموكل الا في مسئلة البيع تفصيل وهو ان الوكيل انما يرد بالعيب اذا لم يسلم المبيع الى الموكل فاما اذا اسلم فليس له الرد الا باذن الموكل مستخلص

حتى يثبت العفو عن القصاص بالشهادة على الشهادة وبشهادة النساء مع الرجال عند ان اقرار الوكيل لا يقبل عليه استحسانا لان فيه شبهة عدم الامر به والتوكيل باثبات حد الزنا والشرب لا يصح اتفاقا لانه لا حق لاحد فيه وانما تقام البينة على وجه الحسبة فاذا كان اجنبيا عنه لا يجوز توكيله به قال رحمه الله والحقوق فيما يضيفه الوكيل الى نفسه كالبيع والاجارة والصلح عن اقرار تتعلق بالوكيل ان لم يكن محجورا كتسليم المبيع وقبضه وقبض الثمن والرجوع عند الاستحقاق والخصومة في العيب والملك يثبت للموكل ابتداء حتى لا يعتق قريب الوكيل بشرائه وقال الشافعي رحمه الله تتعلق بالموكل لان الحقوق تبع الحكم وليست باصل والوكيل ليس باصل في حق الحكم فلا يكون اصلا في حق الحقوق التي هي من توابع الحكم فصار كالرسول والوكيل بالنكاح واخواته ولنا ان الوكيل اصل في العقد لان العقد يقوم بالكلام وصحة كلامه باعتبار كونه ادميا عاقلا وقضيته ان يكون الحاصل بالتصرف واقعا له غير ان الموكل لما استنابه في تحصيل الحكم جعلناه نائبا في حق الحكم للضرورة كيلا يبطل مقصوده وراعينا الاصل في حق الحقوق اذ لا ضرورة فيها والدليل على انه اصل في العقد استغناؤه عن اضافته الى الموكل ولو كان سفيرا كما زعم لما استغنى عن اضافته اليه كالرسول وكالوكيل بالنكاح واخواته حتى اذا اضافه الى نفسه كان له دون الموكل بخلاف ما نحن فيه فانه لا يتعذر باضافة العقد اليه وايقاع الحكم للموكل فاذا اضافه اليه كان اصلا فيه فيقع له فيما لا ضرورة فيه وهي الحقوق من تسليم المبيع وقبض الثمن وتسليمه والرجوع عليه بالثمن عند استحقاق ما باع او رجوعه هو بالثمن على بائعه عند استحقاق ما اشترى والخصومة في العيب وغير ذلك من حقوق العقد ولا نسلم ان الحكم يقع له في رواية بل يقع للوكيل ثم ينتقل اليه فيكون بينهما مبادلة حكمية قلنا ان منع والصحيح انه يقع للموكل ابتداء خلافة عنه يعني ان الوكيل اصل في حق الكل لكن في حق الحكم يخلفه الموكل فيقع له من غير ان يكون اصلا فيه كالعبد يتهب او يصطاد ولهذا لا يعتق على الوكيل اذا اشترى قريبه بالوكالة وهو المراد بقوله والملك يثبت للموكل ابتداء الى اخره وكذا اذا اشترى زوجته بالوكالة لا يفسد النكاح لما ذكرنا وفي حق الحقوق لم يخلفه واذا كان اصلا في حق الحقوق جاز توكيله فيها ولا يجوز توكيل الموكل فيها لانه اجنبي عنها وفي قوله تتعلق بالوكيل ان لم يكن محجورا اشارة الى ان العبد والصبي المأذون لهما تتعلق بهما الحقوق وتلزمهما العهدة مطلقا وفي الذخيرة ان كان وكيلا في البيع بثمن حال او مؤجل جاز بيعه ولزمته العهدة وان كان وكيلا بالشراء فان كان بثمن مؤجل لا تلزمه العهدة قياسا واستحسانا بل تكون العهدة على الآمر حتى يطالب البائع الآمر بالثمن دون المباشر لان ما يلزمه من العهدة ضمان كفالة وليس بضمان ثمن لان ضمان الثمن ما يفيد الملك للضامن في المشترى وهذا لا يفيده وانما يلتزم مالا في ذمته ويستوجب مثل ذلك على موكله وهذا هو معنى الكفالة وهو لا يلزمه ذلك وان كان بثمن حال فالقياس ان لا تلزمه العهدة وفي الاستحسان تلزمه لان ما لزمه ضمان ثمن لان ضمان الثمن ما يفيد الملك في المشترى وهنا يملك المشترى من حيث الحكم فانه يحبس المبيع بالثمن حتى يستوفيه من الموكل كما لو اشتراه لنفسه ثم باعه منه وهو من اهل التزام الثمن بخلاف ما اذا كان الثمن مؤجلا لانه لا يملك المشترى لا حقيقة ولا حكما حتى لا يملك حبسه به فكان ضمان كفالة من حيث المعنى وفي الايضاح اذا امره ان يشتري له بالنقد فاشترى كما امره فالشراء جائز والعهدة عليه وكان القياس ان لا يجوز لانه تلزمه العهدة في تسليم الثمن فيصير بمنزلة الكفالة وانما جوزناه استحسانا لانه وان لحقته العهدة كان له ان يرجع على الذي امره وله حبس المبيع عنه فيصير الحق كالمتعلق بالبيع فيخرج من ان يكون متبرعا ولو امره بالشراء نسيئة فاشتراه كما امره كان ما اشتراه له دون الآمر لان الثمن اذا كان نسيئة لم يملك حبس المبيع فظهر معنى التبرع بالتزام الدين فلا يصح واذا لم تصح الوكالة صار مشتريا لنفسه وفيه اشارة ايضا الى ان المحجور عليه لا تتعلق به الحقوق لانه لا يصح منه التزام العهدة لقصور اهلية الصبي ولحق مولى العبد فتتعلق

وصورة الخلع امرأة وكلت رجلا ان يخالع عنها من زوجها بالف فمن حقوق هذا الخلع تسليم بدل الخلع فلا يطالب به الوكيل وصورة الصلح عن دم العمد رجل قتل رجلا عمدا فوكل رجلا يصالح له بالف او اباه المقتول ليعفوا عنه فمن حقوق هذا العقد تسليم بدل الصلح فلا يلزم الوكيل وصورة الصلح عن انكار رجل ادعى على اخر الفا فانكر المدعى عليه ثم وكل رجلا ان يصالح له بمائة فمن حقوق هذا العقد تسليم بدل الصلح فلا يلزم الوكيل وقيد الصلح بالانكار لانه اذا كان الصلح عن اقرار يكون من القسم الاول وهو ما ترجع حقوقه الى الوكيل قال صدر الشريعة واما الصلح فلو فرق فيه بين ان يكون عن اقرار او انكار في الاضافة فان زيدا اذا ادعى دارا على عمرو فوكل عمرو بكرا على ان يصالح على مائة فيقول زيد صالحتك عن دعوى الدار على عمرو على مائة وقبل الوكيل هذا الصلح ثم الصلح سواء كان عن اقرار او انكار لانه اذا كان عن اقرار يكون كالبيع فترجع حقوقه الى الوكيل كما في البيع فيسلم بدل الصلح واذا كان عن انكار فهو فداء يمين في حق المدعى عليه فالوكيل سفير فلا توجه الحقوق عليه انتهى مستخلص

بالموكل كما في الرسول والقاضي وامينه ثم العبد اذا عتق تلزمه تلك العهدة والصبي اذا بلغ لا تلزمه لان المانع من لزوم العهدة في حق العبد حق المولى اذ هو من اهل الالتزام وقد زال حقه فيلزمه والمانع في حق الصبي حق نفسه ولا يزول بالبلوغ ولو قبضه مع هذا صح قبضه لانه هو العاقد فكان اصيلا فيه وانتفاء اللزوم لما ذكرنا لا يدل على انتفاء الجواز ولو كان الوكيل مرتدا جاز تصرفه لانه من اهل العبارة فتعتبر عبارته ولكن يتوقف حكم العهدة عند ابي حنيفة فان اسلم كانت عليه والا فعلى الموكل وعندهما عليه على كل حال وهي فرع اختلافهم في تصرفاته لنفسه قال رحمه الله وفيما يضيفه الى الموكل كالنكاح والخلع والصلح عن دم عمد او عن انكار تتعلق بالموكل فلا يطالب وكيله بالمهر ووكيلها بتسليمها اي في كل عقد يضيفه الى الموكل فحقوقه تتعلق بالموكل وذلك كالنكاح الى اخره لان الوكيل فيها سفير محض ولهذا لا يستغني عن اضافته الى الموكل حتى لو اضافه الى نفسه وقع النكاح له فصار كالرسول فلا يتصور ان يكون السبب صادرا من شخص على سبيل الاصالة والحكم واقع لغيره فجعلناه سفيرا وهذا لان الحكم هنا لا يقبل الفصل عن السبب لانها من قبيل الاسقاطات للحرمة نظرا الى الاصل وانما يثبت الملك ضرورة ليتمكن من الوطء ولهذا لا يظهر في حق الفسخ والتمليك من الغير وفيما وراء الوطء فهو اسقاط جريا على الاصل اذ الحرمة تنافي الملك والساقط متلاش فلا يجوز ان يسقط في حق الوكيل ثم يسقط ثانيا في حق الموكل بالانتقال لان الساقط لا يعود الا بسبب جديد فكان حكم النكاح ثابتا لمن اضيف اليه ابتداء وهو الموكل بخلاف البيع فان حكمه يقبل الفصل عن السبب كما في البيع بشرط الخيار فجاز ان يصدر السبب من شخص اصالة ويقع الحكم لغيره وهذا لان المحل فيه خلق مباحا وقابلا للتملك بطريق الاصالة وذلك الحكم مما يقبل الانتقال من ملك الى ملك فجاز ان يملكه شخص ثم ينتقل عنه الى شخص وجاز ان يصدر السبب من شخص ويقع الحكم لغيره فلا حاجة الى جعله غير اصل اذ جواز الانتقال عنه يغني عن ذلك ومن اخوات هذا النوع العتق على مال والكتابة والهبة والصدقة والاعارة والايداع والاقراض والرهن والشركة والمضاربة لان الحكم فيها يثبت بالقبض وانه يلاقي محلا مملوكا للغير فلا يجعل اصيلا فيه بل سفيرا ومعبرا وكذا اذا كان التوكيل من جانب الملتمس لما ذكرنا لكن التوكيل بالاستقراض باطل حتى لا يثبت فيه الملك للموكل لما ذكرنا من قبل ولان المستقرض يلتزم بدل القرض في ذمته فيصير نظير ما لو قال بع شيئا من مالك على ان يكون عوضه لي فصار نظير التوكيل بالشحاذة فكان باطلا وما استقرضه فهو لنفسه وله ان يمنعه من الآمر ولو هلك هلك من ماله بخلاف غيره من هذه الصور فانه ليس له بدل يلزمه حتى يكون بيع ماله بشرط ان يكون العوض لغيره وانما حكمه يثبت بالقبض والوكيل اجنبي عن المحل فلا يمكن ان يكون اصيلا فيه فصار سفيرا عن المالك بخلاف البيع لانه يتعلق بالعبارة حيث يتعلق حكمه وحقوقه بها وهي له فلم يكن اجنبيا بل اصيلا فيه قال رحمه الله وللمشتري منع الموكل عن الثمن يعني اذا وكل رجل رجلا ببيع شيء فباعه ثم ان الموكل طلب المشتري بالثمن له منعه لان الموكل اجنبي عن العقد وحقوقه لانها تتعلق بالعاقد على ما بينا قال رحمه الله وان دفع اليه اي الى الموكل صح ولا يطالبه الوكيل ثانيا لان المقبوض حقه فلا فائدة في نزعه منه ثم رده عليه وبرئت ذمة المشتري لوصول الثمن الى مستحقه بخلاف ما اذا باع مال اليتيم ودفع المشتري الثمن الى اليتيم حيث لا تبرأ ذمته بل يجب عليه ان يدفع الثمن الى الوصي ثانيا لان اليتيم ليس له قبض ماله اصلا فلا يكون له الاخذ من المديون فيكون الدفع اليه تضييعا فلا يعتد به واما الموكل في مسئلتنا فمتصرف في ماله ولا يتقدم احد عليه فيه فيكون قبضه معتبرا وبخلاف الوكيل في الصرف اذا صارف وقبض الموكل بدل الصرف حيث يبطل الصرف ولا يعتد بقبضه لان جواز الصرف متعلق بالقبض قبل الافتراق فكان القبض فيه بمنزلة الايجاب والقبول وهما يتعلقان بالمتعاقدين فكذا القبض في الصرف وقبض الثمن في مسئلتنا ليس كالايجاب والقبول وانما جاز لوصول حقه اليه ولهذا لو كان للمشتري دين على الموكل تقع المقاصة بمجرد العقد لوصول الحق اليه بطريق التقاص ولو كان له دين عليهما تقع المقاصة بدين الموكل دون

دين الوكيل ولو كان له دين على الوكيل فقط وقعت المقاصة به ويضمن الوكيل للموكل لانه قضى دينه بمال الموكل بخلاف الصرف حيث لا تقع المقاصة بالدين لان القبض فيه كالايجاب والقبول فلا بد من وجوده حقيقة او حكما باضافة العقد الى الدين وهذا عندهما وقال ابو يوسف لا تقع المقاصة بدين الوكيل وهو مبنى على جواز ابراء الوكيل بالبيع من الثمن فعندهما يجوز ابراؤه فكذا تقع المقاصة بدينه وعنده لا يجوز فلا تقع ووجه البناء ان المقاصة ابراء بعوض فيعتبر بالابراء بغير عوض ولهذا لو كان له عليهما دين كانت المقاصة بدين الموكل اولى عندهما كما لو ابراه معا فانه يبرأ بابراء الموكل حتى لا يلزم الوكيل ضمانه وقول ابي يوسف استحسان ووجهه ان الثمن الذي في ذمة المشتري ملك الموكل لانه بدل ملكه وابراؤه تصرف فيه على خلاف ما امره به فلا ينفذ كما لو قبض الثمن ثم وهبه للمشتري ودليل الخلاف ظاهر ولهذا يصير ضامنا ووجه قولهما ان الابراء اسقاط لحق القبض والقبض خالص حق الوكيل الا ترى ان الموكل ليس له ان يمنعه من ذلك ولو اراد ان يقبض بنفسه لا يمكن من ذلك فكان هو بالابراء ممتنعا عن القبض مسقطا حق نفسه فيصح منه لا انه بقبضه يتعين ملك الآمر في المقبوض واذا انسد عليه هذا الباب بابرائه صار ضامنا له بمنزلة الراهن اذا اعتق المرهون ينفذ اعتاقه لمصادفته ملكه ويضمن للمرتهن لانسداد باب الاستيفاء عليه من مالية العبد بالاعتاق وعلى هذا الخلاف ابراء الولي والوصي فيما باعاه من مال الصغير

باب الوكالة بالبيع والشراء

الاصل ان الجهالة اذا كانت تمنع الامتثال ولا يمكن تداركها تمنع صحة الوكالة والا فلا والجهالة ثلاثة انواع جهالة فاحشة وهي الجهالة في الجنس فتمنع صحة الوكالة سواء بين الثمن او لم يبين كما لو وكله بشراء ثوب او دابة او نحو ذلك والثانية جهالة يسيرة وهي ما كانت في النوع المحض كما لو وكله بشراء فرس او حمار او ثوب هروي او مروي او نحو ذلك فانه يجوز الوكالة به وان لم يبين الثمن وقال بشر لا يجوز والحجة عليه ما روي انه عليه السلم وكل حكيم بن حزام بشراء شاة الاضحية ولان جهالة النوع لا تخل بالمقصود ويمكن رفعها بصرف التوكيل الى ما يليق بحال الموكل حتى لو ان عاميا وكل رجلا بشراء فرس فاشترى فرسا يصلح للملوك لا يلزمه والثالثة جهالة بين النوع والجنس كما لو وكله بشراء عبد او جارية ان بين الثمن او النوع بان قال عبدا تركيا او عبدا حبشيا او نحو ذلك جازت الوكالة وان لم يبين واحدا منهما لم يجز لانه ببيان الثمن يعلم من اي نوع يريد وببيان النوع يعلم ثمنه فتبقى الجهالة بعد ذلك يسيرة وهي لا تمنع صحة الوكالة بخلاف ما اذا كانت الجهالة في الجنس حيث تمنع صحة الوكالة وان بين الثمن لانه بذلك المقدار من الثمن يوجد من كل نوع فلا تفيد المعرفة قال رحمه الله امره بشراء ثوب هروي او فرس او بغل صح سمى ثمنا او لا لانه لم تبق الجهالة بعد اعلام الجنس الا في الصفة وهي محتملة في الوكالة لان التوكيل قادر على تحصيل مقصود الموكل بان ينظر في حاله اذ اختلاف الصفة لا يوجب اختلاف اصل المقصود ولا يشترط في مثله تسمية الثمن لصحة الوكالة لانه ببيان جنس المثمن يصير معلوما عادة فصار كما لو وكله بشراء ثوب هروي على اي صفة كان ولانا لو شرطنا الاستقصاء في الصفة والبيان في النوع ربما لا يتمكن الوكيل من القيام بذلك وضاق الامر على الناس وحرجوا والحرج مدفوع قال رحمه الله وبشراء عبد او دار صح ان سمى ثمنا والا فلا لان هذه جهالة متوسطة بين الجنس والنوع وليست بفاحشة ولا يسيرة فاذا بين ثمنه علم من اي نوع مقصوده لان ثمن كل نوع من العبيد معلوم بين الناس والتحق بجهالة النوع بذلك فجازت الوكالة به وان لم يبين ثمنه التحق بجهالة الجنس فلم تجز الوكالة وهذا لانه باعتبار منفعة العمل جنس واحد باعتبار منفعة النظر والجمال اجناس مختلفة فان الجمال منفعة مطلوبة من بني ادم ولهذا اجعل رؤية الوجه من بني ادم كرؤية الكل لحصول العلم بالمقصود وهو الجمال لكونه مجمع المحاسن وباعتبار هذه المنفعة يختلف التركي والهندي والسندي والحبشي والتكروري وكذا اذا بين نوعه تجوز الوكالة به لحصول العلم بمقصوده لانه انما جازت الوكالة به اذا بين ثمنه لكونه معلوم النوع فعند التصريح بنوعه اولى ان تجوز قال رحمه الله وبشراء ثوب او دابة لا وان سمى ثمنا يعني لو وكله بشراء دابة او ثوب لا يصح التوكيل وان بين ثمنه لان هذه جهالة

في الجنس فلا يتمكن الوكيل من الامتثال لفاحش الجهالة لان ما من نوع يشتريه الوكيل من انواع ذلك الجنس الا ويمكن ان يقول اني عنيت خلافه والامر بما لا يمكن الامتثال به باطل فيتخلص لنا من جميع ما ذكرنا ان الجهالة اذا كانت في الجنس لا تجوز الوكالة مطلقا وان كانت في النوع تجوز مطلقا وان كانت ما بينهما بان كانت انواعا فان ذكر الثمن او النوع جازت والتحق بالثاني وان لم يبين التحق بالاول فلم يجز والجنس ما يدخل تحته انواع متغايرة والنوع اسم لاحد ما يدخل تحت اسم فوقه وقيل الجنس اسم دال على كثيرين مختلفين بالنوع والنوع اسم دال على كثيرين مختلفين بالشخص وقيل كل اسم منتظم اشياء نوع باعتبار ما فوقه جنس باعتبار ما دونه وهذا الذي ذكرناه كله اذا لم يكن فيه دلالة على العموم وان كان فيه دلالة على العموم بان قال اشتر لي ما رايت جازت الوكالة لانه فوض الامر الى رايه فاي شيء اشتراه له يكون ممتثلا به وكذا لو قال اشتر لي بالف ثيابا او دوابا او اشياء او ما شئت او ما رايت او ادنى شيء حضرك او ما يوجد او ما يتفق جاز لان التعميم دلالة التفويض الى رايه كذا لو قال اشتر لي بالف ومبيع جازت الوكالة ويصير مستقرضا الالف منه ويصير البائع قابضا للآمر في الحكم القرض ثم يصير قابضا لنفسه وكذا اذا قال اجعله بضاعة لي لان لفظ البضاعة يدل على العموم وكذا لو قال اشتر لي به ولم يزد عليه فانه يصح استحسانا لانه تفويض عام فكانه قال اشتر لي ما بدا لك او قال سلطتك على الشراء وكذا لو قال اذنت لك ان تشتري بالالف بيننا قال رحمه الله وبشراء طعام يقع على البر ودقيقه اي لو وكله بشراء طعام ينصرف الى الحنطة ودقيقها حتى لا يكون له ان يشتري غيرهما من الطعام والقياس ان يتناول كل مطعوم لانه اسم له كما لو حلف لا ياكل طعاما وجه الاستحسان ان الطعام مقرونا بالبيع او الشراء يراد به البر عادة ودقيقه ولا عرف فيما اذا كان مقرونا بالاكل فبقي على حقيقته فيحنث باكل اي طعام كان حتى لو حلف لا يشتري او لا يبيع طعاما لا يحنث الا بالبر لما ذكرنا وقيل ان كانت الدراهم كثيرة فعلى البر وان كانت قليلة فعلى الخبز وان كانت بين الامرين فعلى الدقيق والفارق في ذلك العرف ويعرف بالاجتهاد حتى اذا عرف انه بالكثير من الدراهم يريد به الخبز بان كان عنده وليمة يتخذها هو جاز له ان يشتري الخبز له لان حاله يدل على انه انما يشتريه للادخار وهو المرجح لجانب الحنطة اذ الخبز لا يقبل الادخار وكذا الدقيق لا يقبله طويلا فيتعين البر للادخار وهو في الكثير عادة وقال بعض مشايخ ما وراء النهر الطعام في عرفنا ينصرف الى ما يمكن اكله يعني المهيأ للاكل كاللحم المطبوخ والمشوي ونحوه وقال الصدر الشهيد رحمه الله وعليه الفتوى واذا لم يدفع اليه دراهم وقال اشتر لي طعاما لم يجز على الآمر ولو وكله ان يشتري له مكيلا ولم يبين له مقداره وجهالة القدر في المكيلات والموزونات كجهالة الجنس من حيث ان الوكيل لا يقدر على تحصيل مقصود الآمر بما سمي له قال رحمه الله وللوكيل الرد بالعيب ما دام المبيع في يده يعني من غير امر الموكل لان الرد بالعيب من حقوق العقد وهي كلها تتعلق بالوكيل دون الموكل فيستبد به قال رحمه الله فلو سلمه الى الآمر لا يرده الا بامره لان حكم الوكالة قد انتهى بالتسليم اليه ولان في رده بغير اذنه ابطال ملكه ويده الحقيقية فلا يمكن منه بدون رضاه ولانه اصيل في حق الحقوق نائب في حق الحكم على اصح الاقوال فكان له جانبان فجانب النيابة يمنعه الرد وجانب الاصالة لا يمنعه فعملنا بجانب الاصالة قبل الدفع الى الموكل وبجانب النيابة بعده وقد امكن العمل بهما بهذا الطريق ولو رضي الوكيل بالعيب جاز وسقط حق الرد لما ذكرنا انه اصيل في الحقوق وهذا على قولهما ظاهر لانه يملك الابراء عن الثمن فعن العيب اولى واختلف المشايخ على قول ابي يوسف فمنهم من صحح ابراءه وفرقوا بين هذا وبين الابراء عن الثمن فان الابراء عن الثمن يحتمل ان يكون مضرا به لاحتمال ان يكون المشتري املى من الوكيل فاذا برئ بقي دينه في ذمة الوكيل وهو مفلس فيتضرر به بخلاف الابراء عن العيب لان الموكل فيه على خيار ان شاء رضي بالمعيب واخذه وان شاء رده على الوكيل اذ لا يلزم الموكل بابرائه ولا يسقط خياره به وهذا لان بينهما مبادلة حكمية كان الوكيل باعه من الموكل ولهذا يحبس الوكيل المبيع حتى يستوفي الثمن من الموكل فاسقاط حقه في العقد الاول لا يلزم منه سقوط حق من اشترى منه قال رحمه الله وحبس المبيع بثمن دفعه من ماله اي الوكيل بالشراء اذا اشترى ودفع

الثمن من ماله البايع بحبس المبيع بالثمن الذي دفعه البايع من ماله لما ذكرنا من ان المبادلة الحكمية قد جرت بينهما
وصار الوكيل كالبايع والموكل كالمشتري منه ولهذا لو وجد الموكل به عيبا يرده عليه ولو اختلفا في الثمن تحالفا
وسلامة المبيع له من جهة الوكيل فيرجع عليه بثمنه ولان توكيله اياه مع علمه بان الحقوق ترجع اليه اذن منه
بدفع الثمن عنه من ماله فصار كما لو اذن صريحا فيرجع به عليه ويحبس عنه المبيع حتى يدفع اليه لتنزله منزلة البايع
وقوله بثمن دفعه من ماله وقع اتفاقا لانه لو لم يدفع الثمن ايضا له ان يحبسه عنه وحق الرجوع لانه لما نزل منزلة المشتري
منه اخذ حكمه والمشتري لا يمكنه من اخذه حتى يوفيه ثمنه كما لو كان بايعا له حقيقة تحقيقه ان حبس المبيع عن الموكل ليس
لاجل نقد الثمن عنه بل لاجل انه بايع حكما وهذا المعنى لا يختلف بين ما اذا انقد الثمن او لم ينقد وقال زفر رحمه الله ليس
للوكيل حبس المبيع عن الموكل لانه نايب عنه فتقوم يده مقام يد الموكل ويكون قبضه قبض الموكل ولا يحبس المبيع
بعد القبض وهذا لان المبيع امانة في يده وليس للامين حبس الامانة بدين له على صاحبها قلنا الموكل ملك
المبيع بعقد باشره الوكيل ببدل استوجبه عليه وهذا معنى البيع فيحبسه به كما لو باعه اياه حقيقة وقد
ذكرنا ان بينهما مبادلة حكمية ولهذا يرده الموكل على الوكيل بعيب ويجري التحالف بينهما عند الاختلاف في الثمن
وهذا من خصايص البيع فكان اخذ الحكم ولا نسلم ان قبضه قبض الموكل لان قبضه يجوز ان يكون لاجل حق نفسه
ويجوز ان يكون لتتميم مقصود الموكل فيتبين في الاخرة بحبسه ان القبض كان لحقه ولعدم الحبس كان للموكل
وقبل ذلك الامر موقوف لا يحكم عليه بشيء ولان هذا القبض لا يمكن التحرز عنه اذ لا يقدر على القبض على وجه
لا يصير الموكل به قابضا ومما لا يمكن التحرز عنه يكون عفوا فلا يسقط به حقه من غير رضاه اذ في سقوطه ضرر
عليه قال فلو هلك في يده قبل حبسه هلك من مال الموكل ولم يسقط الثمن لان الوكيل في القبض عامل للموكل
فيصير قابضا بقبض الوكيل حكما فما لم يمنعه منه لا يكون مستردا له فاذا هلك هلك من مال الآمر فكان له ان
يرجع عليه بخلاف ما اذا حبسه عنه ثم هلك لانه صار مستردا بالحبس او تبين به انه قبضه لنفسه قال
وان هلك بعد حبسه فهو كالمبيع يعني يهلك بالثمن وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال زفر رحمه الله هو كالغاصب
فيضمن جميع قيمته لانه ليس له ان يحبسه عنه فبالحبس يكون متعديا كالمودع يمنع الوديعة عن صاحبها
وقال ابو يوسف هو كالرهن فيكون مضمونا بالاقل من قيمته ومن الدين لانه صار مضمونا بالحبس للاستيفاء
بعد ان لم يكن مضمونا به وهذا هو معنى الرهن بخلاف المبيع فانه مضمون بنفس العقد حبسه البايع او لم
يحبسه وحقيقة انه حبسه للاستيفاء بعد ان لم يكن محبوسا به وان اصل العقد لا ينفسخ بهلاكه وهذا حكم
الرهن بخلاف البيع فان المبيع فيه يكون محبوسا من اول ما يوجد وينفسخ البيع بهلاكه ولهما ان بينهما
مبادلة حكمية بدليل ما ذكرنا من الاحكام فيكون معتبرا بالمبادلة وهو البيع ولا نسلم ان العقد لا ينفسخ بل
ينفسخ بينهما وان لم ينفسخ في حق البايع وكذا لو رضي الوكيل بالعيب ولم يرض به الموكل ينفسخ العقد
بينهما وان لم ينفسخ في حق البايع والدليل على انه ليس كالرهن انه يثبت في النصف الشايع والحبس بحكم الرهن
لا يثبت فيه فان قيل لو اشتراه الوكيل بثمن مؤجل ثبت الاجل في حق الموكل ولو كان بينهما مبادلة لما ثبت
كما لا يثبت في حق الشفيع قلنا ان الوكيل والموكل يملكان المبيع بعقد واحد فما شرط فيه يلزمهما بخلاف
الشفيع فانه يملكه بعقد جديد بدليل ما ثبت طرفا العقد الاول لا يكون شرطا في الثاني قال ويعتبر مفارقة
الوكيل في الصرف والسلم دون الموكل لان المستحق فيهما قبض العاقد والعاقد هو الوكيل فيشترط قبضه وان
كان لا يتعلق به الحقوق كالصبي او العبد المحجور عليه لان قبضه وتسليمه صحيح وان لم يتوجه عليه المطالبة
ففي حكم صحة التقابض هو كوكيل تتعلق به حقوق العقد فاذا قبض الوكيل تم العقد لوجود شرطه وان
فارقه قبل القبض بطل العقد لفقد شرطه وان فارقه الموكل قبل القبض لا يبطل لانه ليس بعاقد بخلاف الرسول
فيهما لان الرسالة حصلت في العقد لا في القبض وكلام الرسول ينتقل الى المرسل فيكون العاقد هو المرسل

فيكون

فيكون قبض الرسول قبض غير العاقد فلا يجوز وقال في النهاية هذا اذا كان الموكل غايبا عن مجلس العقد واما اذا
كان حاضرا في مجلس العقد يصير كان الموكل صارف بنفسه فلا تعتبر مفارقة الوكيل وعزاه الى الخواهر زاده
وهذا مشكل فان الوكيل اصيل في باب البيع حضر الموكل العقد او لم يحضر ثم ذكر فيه بعده باسطر فقال المعتبر افتراق
المتعاقدين في المجلس وغيبة الموكل لا تضر وعزاه الى وكالة المبسوط واطلاقه واطلاق ساير الكتب دليل على
ان مفارقة الموكل لا تعتبر اصلا ولو كان حاضرا وفي قوله تعتبر مفارقة الوكيل في الصرف والسلم اشارة الى ان
التوكيل فيهما جايز وانما جاز لانه عقد يملكه الموكل فجاز ان يوكل به كساير انواع البياعات والاجارات
وهذا في الصرف يجري على اطلاقه فانه يجوز التوكيل فيه من الجانبين واما في السلم فانما يجوز بدفع راس
المال فقط واما باخذه فلا يجوز لان الوكيل اذا قبض المال يبقى المسلم فيه في ذمته وهو مبيع وراس المال ثمنه
ولا يجوز ان يبيع الانسان ماله بشرط ان يكون الثمن لغيره كما في بيع العين واذا بطل التوكيل كان الوكيل عاقدا
لنفسه فيجب المسلم فيه في ذمته وراس المال مملوك له واذا سلمه الى الآمر على وجه التمليك منه كان قرضا
قال وان وكله بشراء عشرة ارطال لحم بدرهم فاشترى عشرين رطلا بدرهم مما يباع منه عشرة بدرهم لزم
الموكل منه عشرة بنصف درهم وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يلزمه العشرون بدرهم وذكر في بعض نسخ
مختصر القدوري قول محمد مع قول ابي حنيفة ومحمد رحمه الله لم يذكر الخلاف في الاصل وجه قول ابي يوسف ان هذا
خلاف الى خير لان المامور به صرف الدرهم في عشرة ارطال من اللحم وقد صرفه فيه مع زيادة خير فينفذ
عليه كما اذا امره ان يبيع عبده بالف فباعه بالفين بخلاف ما لو اشترى ما يساوي عشرين رطلا بدرهم حيث
يصير مشتريا لنفسه بالاجماع لانه خالفه الى شر لان الامر تناول لحما يساوي عشرة ارطال منه بدرهم ووجه
الاول انه امره بشراء عشرة ولم يامره باكثر منه فينفذ الزايد عليه والعشرة على الآمر بخلاف ما استشهد به
لان الزايد فيه بدل ملكه وبخلاف ما اذا وكله ان يشتري له ثوبا هرويا بعشرة فاشترى له ثوبين هرويين
بعشرة يساوي كل واحد منهما عشرة دراهم حيث لا يلزم الموكل واحد منهما لان ثمن كل واحد منهما مجهول اذ لا
يعرف الا بالحزر وكذا المشتري للموكل مجهول بخلاف مسئلة اللحم فانه موزون مقدر فينقسم الثمن على
اجزائه على السواء وهو معلوم يمكن قسمته بينهما على قدر حقهما ولا يقال هذا لا يستقيم على قول ابي حنيفة
لانه لا يكون موافقا بمثله عنده هنا كما اذا امره ان يطلق امراته واحدة فطلقها ثلاثا حيث لا يقع شيء عنده
وكذا لو اختلف الشهود بمثل هذا الاختلاف لا تقبل شهادتهم للاختلاف لان الاتفاق فيهما شرط لانا نقول ذاك
فيما اذا لم يجد نفاذا على الوكيل واما اذا وجد فينفذ ما في ضمنه ينفذ على الآمر وهنا لان الشراء لا يتوقف
بل ينفذ على الوكيل اذا وجد نفاذا والعشرة داخلة في العشرين فنفوذ العشرين تتضمن العشرة بخلاف ما
ذكر من مسئلة الطلاق والشهادة فانها لا تنفذ على العدم الملك ولا على الموكل لعدم الموافقة والموافقة
شرط فيه قال ولو وكله بشراء شيء بعينه فليس له ان يشتريه لنفسه معناه لا ينبغي ان يشتريه لنفسه بل لو
اشتراه ينوي بالشراء لنفسه او تلفظ بذلك يكون للموكل لان فيه عزل نفسه وهو لا يملك عزل نفسه
والموكل غايب حتى لو كان الموكل حاضرا وصرح بانه يشتريه لنفسه كان المشتري له لان له ان يعزل نفسه
بحضرة الموكل وليس له ان يعزل نفسه من غير علمه لان فيه تغريرا له بخلاف ما اذا وكل نفس العبد ان
يشتريه له من مولاه او وكل العبد رجلا ان يشتريه له من مولاه فاشترى حيث لا يكون للآمر ما لم يصرح
للمولى انه يشتريه فيهما للآمر مع انه وكيل بشراء شيء بعينه وانما كان كذلك لاختلاف حكمهما على ما
نبين من قريب ان شاء الله تعالى وبخلاف ما اذا وكله ان يزوجه امراة معينة حيث جاز له ان يتزوج بها
لان النكاح الذي اتى به الوكيل غير داخل تحت امره لان الداخل تحت الوكالة نكاح مضاف الى الموكل فكان
مخالفا باضافته الى نفسه فانعزل وفي الوكالة بالشراء الداخل فيها مطلق غير مقيد بالاضافة الى احد

فكل شيء اتى به لا يكون مخالفا لانه اذا لا يعتبر في المطلقات الا ذاته دون صفاته فيتناول الذات على اي صفة كانت فيكون موافقا له حتى لو خالف مقتضى كلام الآمر في جنس الثمن او قدره كان مثله على ما نذكر من بعد ان شاء الله تعالى ولو وكل رجل آخر بان يشتري له ذلك الشيء بعينه فاشتراه له كان للموكل الاول دون الثاني لانه اذا لم يملك الشراء لنفسه فاولى ان لا يملك الشراء لغيره قال رحمه الله فلو اشتراه بغير النقود او بخلاف ما سمي له من الثمن وقع للوكيل لانه خالف امره فينفذ عليه فينعزل في ضمن المخالفة وكذا لو وكل هذا الوكيل رجلا فاشتراه وكيله وهو غايب كان الملك للوكيل الاول لما قلنا وان اشتراه بحضرته نفذ على الموكل الاول لانه حضره رايه وهو المقصود فلم يكن مخالفا لانه اذا كان حاضرا يمكن نقل كلامه اليه على ما ذكرنا في النكاح بخلاف ما اذا كان غايبا بخلاف الوكيل بالطلاق او العتاق اذا وكل غيره فطلق الوكيل الثاني او اعتق بحضرة الاول حيث لا ينفذ وان حضره رايه لان الوكيل في الطلاق والعتاق كالرسول فلا يتصرف من عنده بشيء بل يبلغ الرسالة فاذا تصرف فقد خالف فلا ينفذ والوكيل في البيع والشراء بمنزلة المالك وهو اصيل فيه فلهذا يتصرف ولهذا لو فعل ذلك غيره من غير توكيل منه فاجازه الوكيل جاز وفي الطلاق والعتاق لم يجز والنكاح والخلع والكتابة كالبيع والشراء فيما ذكرنا قال رحمه الله وان كان بغير عينه فالشراء للوكيل الا ان ينوي للموكل او يشتريه بماله اي ان وكله بشراء عبد بغير عينه فاشترى عبدا فهو للوكيل الا اذا قال نويت الشراء للموكل او يشتريه بماله والمراد بقوله ان يشتريه بماله ان يضيف العقد اليه وهذه المسئلة على وجوه اما ان يضيف العقد الى ثمن معين او الى مطلق من الثمن فان اضافه الى معين كان المشترى لصاحب ذلك الثمن لان الظاهر انه يضيف الشراء الى مال من يشتريه له وهذا لان الثمن وان كان لا يتعين لكن فيه شبهة التعيين من حيث سلامة المبيع به وتعين قدره ووصفه ولهذا لا يطيب الربح اذا اشترى بالدراهم المغصوبة ودينه يمنعه من ان يشتريه لنفسه باضافة العقد الى مال غيره لان ذلك مستنكر شرعا وعادة فلا يرتكبه وقد جرى العرف فيه اذا اشترى لنفسه ان يضيف العقد الى ماله وهو ليس بمستنكر شرعا وعرفا فيكون المشترى لمن يملك ذلك الثمن وان نوى خلاف ذلك حملا على مقتضى العرف والشرع ثم اذا نقد من مال الموكل فيما اشتراه لنفسه يجب عليه الضمان وان اضافه الى ثمن مطلق فلا يخلو اما ان يكون حالا او موجلا فان كان حالا فلا يخلو اما ان يتصادقا على وجود النية لاحدهما او على عدمها او يختلفا فيه فان كان حالا واتفقا على وجود النية لاحدهما كان لمن نوى له لان الثابت باتفاقهما كالثابت عيانا واتفاقهما حجة عليهما ولا يلتفت الى النقد ولا عبرة به في هذه الحالة لان له ان يشتري لنفسه وللموكل فاذا عينه بنيته فقد تعين ويكون بالنقد من مال الموكل غاصبا فيما اذا نواه لنفسه وان اختلفا في النية يحكم النقد بالاجماع لان دلالته على التعيين مثل دلالة اضافة الشراء اليه لان الظاهر انه يفعل ما يحل له شرعا ويجري على عادته وان اتفقا على انه لم تحضره النية فعند محمد رحمه الله هو للعاقد لان ما يطلقه الانسان من التصرفات يكون لنفسه قضاء كالمامور بالحج اذا اطلق ولم ينو انه للمحجوج عنه وعند ابي يوسف يحكم النقد لان المطلق يحتمل التقييد فيبقى موقوفا فمن اي المالين نقد فقد عين المحتمل فصار كحالة التكاذب بخلاف المامور بالحج فان الحج عبادة وهي لا تتادى الا بالنية فكان مامورا بان ينوي الحج عن المحجوج عنه فاذا لم يفعل كان مخالفا واما المعاملات فالنية ليست بشرط فيها فلا يصير بتركها مخالفا فيبقى الحكم موقوفا على النقد والتوكيل بالاسلام في الطعام على هذه الوجوه حتى يحكم اولا الاضافة فيكون المسلم فيه لمن اضيف عقد السلم الى ماله ثم النية فيكون لمن نوى له بالعقد ان تصادقا على النية وان تكاذبا فيحكم النقد وان تصادقا على انه لم تحضره النية فعلى الخلاف الذي ذكرنا ومن مشايخنا من قال لا خلاف بين ابي يوسف ومحمد في الشراء فيما اذا تصادقا على ان النية لم تحضره بل بالاجماع يكون للعاقد وانما الخلاف في السلم لان التوكيل فيه اثر في تنفيذ العقد فيستدل

به على وقوعه لمن نقد من ماله بخلاف الشراء ففرق هذا القائل لابي يوسف بهذا الفرق وان كان الثمن موجلا فهو للوكيل لان النقود تتعين في الوكالة فاذا اشترى بثمن موجل لم يضف العقد الى ما تعلقت به الوكالة فيكون مخالفا قال رحمه الله وان قال اشتريت للآمر وقال الآمر لنفسك فالقول للآمر وان دفع اليه الثمن فللمامور معناه امره بان يشتري له عبدا بالف مثلا ثم قال المامور اشتريت لك عبدا وقال الآمر اشتريته لنفسك كان القول قول الآمر ان لم يكن الثمن مدفوعا الى الوكيل وان كان مدفوعا اليه كان القول للمامور وهذه المسئلة على ثمانية اوجه اما ان يكون مامورا بشراء عبد بعينه او بغير عينه وكل وجه على وجهين اما ان يكون العبد حيا حين اخبر الوكيل بالشراء او ميتا فان كان مامورا بشراء عبد بعينه فان اخبر بشرائه والعبد حي قائم فالقول للمامور اجماعا منقودا كان الثمن او غير منقود لانه اخبر عن امر يملك استينافه والمخبر به في التحقق والثبوت يستغني عن الاشهاد فيصدق كقوله لمطلقته راجعتك وهي في العدة وكذبته فان القول له ولهذا لو وقع التقضي عن الولي اذا زوج على موليته بالنكاح حيث لا يثبت النكاح عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى لانه لا يملك انشاءه شرعا لعدم الشهود اذ هو لا يثبت الا بشهود بخلاف الشراء فانه يقدر على انشائه شرعا بدون الاشهاد وان كان العبد ميتا حين اخبر فقال هلك عندي بعد الشراء وانكر الموكل فان كان الثمن غير منقود فالقول للآمر لانه اخبر عما لا يملك استينافه لان الميت ليس بمحل لانشاء العقد فيه وغرضه الرجوع بالثمن والآمر منكر فكان القول قوله وان كان الثمن منقودا فالقول للمامور مع يمينه لان الثمن كان امانة في يده وقد ادعى الخروج عن عهدة الامانة من الوجه الذي امره به فكان القول له وان كان العبد بغير عينه فان كان حيا فقال المامور اشتريته لك وقال الآمر بل اشتريته لنفسك فان كان الثمن منقودا فالقول للمامور لانه يخبر عما يملك استينافه وان لم يكن منقودا فالقول للآمر عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما القول للمامور لانه اخبر عما يملك استينافه فصح كما في المعين وعند ابي حنيفة القول للآمر لانه موضع تهمة بان اشتراه لنفسه فاذا راى الصفقة خاسرة الزمها الآمر بخلاف ما اذا كان الثمن منقودا لانه امين فيه فيقبل قوله في الخروج عن العهدة وفي ضمنه يكون العبد للآمر تبعا وكم من شيء يثبت ضمنا وتبعا وان لم يثبت قصدا بخلاف ما اذا كان العبد معينا لانه لا يملك ان يشتريه لنفسه بذلك الثمن حال حضرة الموكل على ما بينا من قبل فحاصله ان الثمن ان كان منقودا فالقول للمامور في جميع الصور وان كان غير منقود ينظر فان كان الوكيل لا يملك الانشاء بان كان ميتا فالقول للآمر وان كان يملك الانشاء فالقول للمامور عندهما وكذا عند ابي حنيفة رحمه الله في غير موضع التهمة وفي موضع التهمة القول للآمر قال رحمه الله وان قال بعني هذا العبد لفلان فباعه ثم انكر الوكيل الامر اخذه فلان اي رجل قال لآخر بعني هذا العبد لفلان فاني اشتريته له فباعه ثم انكر المشتري ان يكون فلان امره فقال فلان انا امرته فانه ياخذه لان قوله بعني لفلان اقرار منه بانه وكله فاذا انكر الوكالة بعده صار مناقضا فلا يسمع قوله فيكون العبد للموكل قال رحمه الله الا ان يقول لم آمره به اي الا ان يقول فلان المشترى له لم آمره بالشراء فحينئذ لا ياخذه بل يكون للمشتري لان اقرار المشتري ارتد برده والاقرار مما يرتد بالرد فينفذ على المشتري لان الشراء اذا وجد نفاذا لا يتوقف بل ينفذ على المشتري قال رحمه الله الا ان يسلمه المشتري اليه اي الى فلان المشترى له فيكون له بالتسليم لان اقراره الاول قد ارتد بالرد وصار ملكا للمشتري فاذا سلمه بعد ذلك الى فلان المشترى له واخذه انعقد بينهما بيع جديد بالمعاطاة فتكون العهدة عليه لانه صار مشتريا بالتعاطي كمن اشترى لغيره شيئا بغير امره حتى لزمه ثم سلمه الى المشترى له ودلت المسئلة على ان التسليم على وجه البيع يكفي لانعقاد البيع بالتعاطي في الخسيس والنفيس وان لم يوجد نقد الثمن للعرف ولوجود التراضي به وهو المعتبر في باب المعاوضات المالية لقوله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض منكم قال رحمه الله وان امره بشراء عبدين معينين ولم يسم ثمنا فاشترى

اما ان يكون الثمن منقودا او غير منقود وكل وجه على وجهين

احدهما صح لان التوكيل مطلق غير مقيد بثمن مقدر فيجوز ان يشترى كل واحد منهما بقدر قيمته من الثمن
او اقل او بزيادة يتغابن الناس فى مثله وليس له ان يشترى بما لا يتغابن الناس فيه لان الوكيل بالشراء ليس له
ان يشترى بغبن فاحش بالاجماع بخلاف الوكيل بالبيع عند ابى حنيفة رحمه الله على ما يجى من الفرق بينهما وبخلاف
ما اذا قال له ثمنهما فان ذلك فيه خلاف فى بعض صوره على ما يجى وهى المسئلة التى تلى هذه المسئلة ولانه
قد يتعذر الجمع بينهما الا بما لا يتغابن الناس فى مثله فيكون شراء احدهما حيلة لتحصيلهما فوجب القول
بالنفاذ **قال** ولو امره بشرائهما بالف وقيمتهما سواء فاشترى احدهما بنصفه او اقل صح وبالاكثر لا الا ان يشترى
الباقى بما بقى قبل الخصومة اى لو وكله بشراء العبدين بالف وقيمتهما سواء فاشترى احدهما بنصف الالف
او اقل جاز الشراء وباكثر من نصف الالف لم يجز يعنى لم يلزم الامر قلت الزيادة او كثرت لانه قابل الالف بالعبدين
وقيمتهما سواء فينقسم عليهما نصفين دلالة فيكون آمرا بشراء كل واحد منهما بخمسمائة ضرورة فالشراء بخمسمائة موافقة
وباقل منها مخالفة الى خير وباكثر منها الى شر فلا يلزم الموكل الا ان يشترى الباقى بما بقى من الالف قبل ان يختصما
استحسانا لان غرضه المصرح به وهو تحصيل العبدين بالالف قد حصل وما ثبت الانقسام الا دلالة والصريح يفوقها
فلا تعتبر معه عند تعارضهما وهذا عند ابى حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ان اشترى احدهما باكثر من نصف الالف
فيما يتغابن الناس فى مثله وقد بقى من الالف ما يشترى بمثله العبد الباقى فهو جائز لان التوكيل حصل مطلقا بلا تقدير
ثمن كل واحد منهما بخمسماية والمطلق يحمل على المتعارف وهو الشراء بالقيمة او بزيادة يسيرة قدر ما يتغابن الناس فيه
ولكن غرضه تحصيل العبدين بالالف فلا بد من ان يبقى من الالف قدر ما يشترى بمثله الباقى ليحصل غرضه **قال**
ولشراء هذا بدين له عليه فاشترى صح ولو غير عين نفذ على المامور اى لو كان له دين على شخص فوكل الداين المديون
بان يشترى له هذا العبد بذلك الدين فاشترى جاز ولزم الموكل ولو وكله بشراء عبد غير معين فاشترى لا يكون
للامر بل ينفذ على المامور حتى لو مات عند المامور مات من مال المامور والالف عليه فان قبضه الامر فهو له وهذا
عند ابى حنيفة رحمه الله وقالا هو لازم للامر فى الوجهين وعلى هذا اذا قال الداين للمديون اسلم الدين الذى لى عليك
الى فلان جاز وان لم يعين فلانا لم يجز عنده وعندهما يجوز كيف ما كان وكذا لو امره بان يصرف ما عليه من الدين فى
ان التوكيل بالشراء اذا اضيف الى دين لا يصح عند ابى حنيفة اذا لم يكن البايع او المبيع متعينا وعندهما يصح كيف ما كان لهما
ان النقدين لا يتعينان فى المعاوضات عينا كانا او دينا ولهذا لو اشترى شيا بدراهم على المشترى ثم تصادقا ان لا
دين لا يبطل الشراء ويجب عليه مثله فاذا لم تتعين صار الاطلاق والتقييد به سواء كما فى غير الدين حتى اذا وكله
بان يشترى له عبدا ولم يعين الالف ولا البايع ولا المبيع جاز التوكيل فكذا هذا فصار كما لو قال تصدق بما لى عليك من
الدين على المساكين فانه يجوز وكذا لو اجر حماما باجرة معلومة وامر المستاجر بالمرمة من الاجرة او اجر دابة وامر
المستاجر ان يشترى بالاجرة عبدا يسوق الدابة وينفق على الدابة فصار نظير ما لو كان البايع او المبيع متعينا ولابى
حنيفة ان النقود تتعين فى الوكالات ولهذا لو قيدها بالعين منها او بالدين منها ثم هلك العين واسقط الدين
بطلت الوكالة فاذا تعينت فيها كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين وذلك لا يجوز الا اذا وكله بقبضه
له ثم يقبضه لنفسه وتوكيل المجهول لا يجوز فكان باطلا كما اذا اشترى بدين على غير المشترى او يكون امرا بصرف
ما لا يملكه الا بالقبض قبله وذلك باطل كما اذا قال اعط مالى عليك من شئت بخلاف ما اذا عين البايع لانه يصير
وكيلا عنه بالقبض وهو معلوم فيصح لتعينه فيصير البايع اولا قابضا له ثم يتملكه وتعيين المبيع تعيين البايع
فكان به معلوما وبخلاف ما اذا امره بالتصدق لانه جعل ماله لله تعالى وهو معلوم ولان الفقير ينتصب نايبا
عن الله تعالى فى قبض حقه والله تعالى محيط بكل شئ علما فيكون الفقير الذى يقبضه له معلوما فيصح واما مسئلة
الحمام ونحوها فقيل هو قول محمد ولئن كان قول الكل فانما جاز باعتبار الضرورة لان المستاجر لا يجد الاجر فى كل وقت
فاقيم الحمام مقام الموجر فى القبض واما مسئلة التصادق بان لا دين عليه بعد الشراء فلان النقود لا تتعين فى البيع

دينا كانت او عينا فاذا لم تتعين لا يبطل البيع ببطلان الدين اذا لم يتقيد به بخلاف الوكالة لان النقود تتعين فيها
وكالامنا فيها وذكر فى النهاية ان النقود لا تتعين فى الوكالة قبل القبض بالاجماع وكذا بعده عند علمائنا لان الوكالة
وسيلة الى الشراء فيعتبر بالشراء وعزاه الى الزيادات والذخيرة فعلى هذا لا يلزمهما ما قاله ابو حنيفة والتعليل
الصحيح له ان يقال ان تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز فكذا التوكيل به وانما جاز فى المعين لكونه
امرا له بالقبض ثم بالتمليك او توكيلا للمديون بالتمليك وان لم يكن معينا لا يصح الامر للمجهول فكان توكيلا
للمديون بالتمليك فى الاسلام والشراء والصرف فلا يجوز لما ذكرنا فاذا لم يصح التوكيل عنده نفذ الشراء على المامور حتى
اذا هلك بعد القبض يهلك من ماله الا اذا قبضه الامر منه فحينئذ ينعقد البيع بينهما بالتعاطى فيكون للامر
قال ولشراء امة اى وكله بشراء امة بالف دفع اليه فاشترى فقال اشتريت بخمسماية وقال المامور
بالف فالقول للمامور يعنى اذا كانت الامة تساوى الفا لانه امين ادعى الخروج عن عهدة الامانة والامر
يدعى عليه حق الرجوع بخمسماية والمامور ينكر فكان القول قوله وان كانت تساوى خمسماية لا تلزم الامر لانه
خالف امره اذ الامر تناول امة تساوى الفا فينفذ على المامور ولانه فيه غبنا فاحشا فلا يلزم الامر لان
المامور لا يملك ان يخالف الامر ولا ان يشترى بغبن فاحش ولا فرق فى ذلك بين ان يشتريها بالف او بخمسماية لما
ذكرنا انه مخالف **قال** وان لم يدفع فللامر اى ان لم يدفع الامر الالف الى المامور فى المسئلة بحالها كان
القول للامر وتلزم الامة المامور وهذا فيما اذا كانت قيمة الامة خمسماية فظاهر لما ذكرنا من المخالفة والغبن
الفاحش وان كانت قيمتها الفا فمعناه انهما يتحالفان لانهما اختلفا فى مقدار ما يجب للوكيل على الموكل وقد
جرى بينهما مبادلة حكمية على ما بيناه من قبل ثم اذا حلفا انفسخ العقد بينهما وتلزم الجارية المامور لانتقاض
ملك الامر بالفسخ **قال** ولشراء هذا اى وكله بشراء هذا العبد ولم يسم ثمنا فقال المامور اشتريته بالف وصدقه
البايع وقال الامر بنصفه وهو خمسماية تحالفا لانهما اختلفا فى مقدار الثمن وليس لهما بينة فوجب المصير
الى التحالف كما فى المسئلة الاولى وقيل لا يتحالفان هنا لان الخلاف يرتفع بتصديق البايع اذ هو حاضر فيجعل
تصادقهما بمنزلة انشاء العقد فى الحال وفى المسئلة الاولى هو غايب فاعتبر الاختلاف والى هذا مال الفقيه ابو جعفر
وقال قاضيخان وهو اصح وقال ابو منصور الحال الاول كما ذكرنا وقول البايع لا يعتبر لانه ان استوفى الثمن فهو
اجنبى عنهما وان لم يستوف فهو اجنبى عن الامر فلا مدخل له بينهما وقال فى الهداية وهو اظهر وقال فى الكافى
وهو الصحيح وقد نص محمد رحمه الله فى الجامع الصغير ان القول للمامور مع يمينه قالوا ومراده التحالف لكنه اكتفى
بذكر يمين الوكيل لان الوكيل هو المدعى ولا يمين على المدعى الا فى صورة التحالف فكان المقصود بالتحالف يمين
المدعى دون المنكر اذ ذلك لا بد منه والموكل بمنزلة المشترى وهو منكر ولو لا مراده التحالف لكان القول قول
الامر لكونه منكرا فكان ياخذ المبيع بما ادعى من الثمن اذا حلف ولم يذكر يمين المامور هكذا ذكره المشايخ رحمهم الله
الا ان فيه اشكالا لانه وان كان يدل على ما ذكروا من حيث المعنى لكن لفظه لا يدل على ذلك ولا على الاول
فان قوله ان القول للمامور مع يمينه يدل على ان المامور يصدق فيما قال وفى التحالف لا يصدق واحد منهما
ولو كان مراده التحالف لما قال ذلك وهذا فيما اذا اتفقا على انه امره ان يشتريه له بالف وان اختلفا فيه
فقال الامر امرتك ان تشتريه لى بخمسماية وقال المامور امرتنى بالشراء بالف فالقول قول الامر مع يمينه لان
الامر يستفاد من جهته فيكون القول قوله فى بيانه ويلزم العبد المامور لمخالفته فان اقاما البينة فالبينة بينة
الوكيل لانها اكثر اثباتا **قال** ولشراء نفس الامر من سيده بالف ودفع فقال لسيده اشتريته لنفسه فباعه
على هذا اعتق عليه وولاؤه لسيده وان قال اشتريته فالعبد للمشترى والالف لسيده اى لو وكل العبد
رجلا بشراء نفسه من سيده بالف والامر هو العبد ودفع الالف الى الوكيل فقال الوكيل لسيده وقت الشراء
انا اشترى عبدك لنفسه فباعه على هذا اعتق وولاؤه لسيده وان قال الوكيل اشتريته ولم يبين

انه يشتريه لنفس العبد كان العبد ملكا للوكيل وهو المشتري والالف الذي اخذ من العبد ودفعه الى المولى
كان للمولى فيها مجانا ويجب على المشتري او على المعتق الالف واصله ان بيع العبد من نفسه اعتاق
على مال حتى يشترط العبد لنفسه قبول الاعتاق ببدل لان اعتباره بيعا حقيقة غير ممكن اما لان العبد ليس باهل
الملك او لاستحالة ان يملك نفسه فجعل مجازا عن الاعتاق لوجود ازالة الملك فيه كالبيع فاذا اشتراه
الوكيل للعبد صار البائع معتقا فيلزمه الولاء والوكيل بالقبول سفير ومعبر عنه فلا ترجع الحقوق اليه
واذا اطلق الوكيل ولم يبين للمولى انه يشتريه لنفس العبد يقع العقد للوكيل لان ظاهر هذا اللفظ للبيع
فلا يعدل عنه الى العتق بغير علم المولى ولعله لا يرضى به لما فيه من لزوم الولاء وعقل جنايته فلا يكون الشراء
للعبد بخلاف الوكيل من غير العبد حيث يدخل في ملك الموكل بالشراء من غير ان يبين للمولى انه يشتريه لموكله
لان حكم العقد فيه لا يختلف بين ان يكون له او لموكله اذ الكل بيع والوكيل اصيل فيه في الحالين حتى تتعلق
به الحقوق في الحالين فلا يحتاج فيه الى البيان وهنا احدهما اعتاق معقب للولاء ولا يتعلق به الحقوق
بالوكيل والاخر بيع واحكامه خلاف العتق فلا يدل رضاه باحدهما على الرضا بالاخر فلا بد من البيان
فاذا لم يبين ثبت الملك للوكيل والالف للمولى لانه كسب عبده وعلى المشتري او على العبد اذا اعتق الف مثلها
ثمنا او بدلا لان الاداء قد بطل لاستحقاق المولى ما اداه بجهة اخرى وهو انه كسب عبده فكان ملكا له قبل الشراء
وقبل العتق فلا يصلح ملكه بدلا عن ملكه ثم اذا لم يبين يرجع المولى بالثمن على الوكيل لانه العاقد والمالك للعبد
فترجع الحقوق اليه وان بين انه يشتريه للعبد فقد ذكر محمد في باب الوكالة بالعتق من كتاب الوكالة ان العتق
يقع والمال على العبد دون الوكيل وذكر في وكالة المأذون والمكاتب من كتاب الوكالة وفي وكالة الجامع الكبير
ان العبد يعتق والمال على الوكيل لان توكيله بشراء العبد للعبد كتوكيله بشرائه لغيره فيطالب ببدله الوكيل
والصحيح الاول لان توكيل العبد في العتق سفير ومعبر ولفظ البيع يكون مجازا عن العتق لتعذر اعتبار معنى
البيع حقيقة ولهذا لا يستغني عن اضافته الى العبد الامر فلا تتعلق بالوكيل حقوقه فيطالب الامر
كما اذا كان الامر ببيع نفس العبد من العبد هو المولى حيث يكون المطالب بالبدل الى المولى دون الوكيل لما قلنا
قال رحمه الله وان قال لعبد اشتر لي نفسك من مولاك فقال للمولى بعني نفسي لفلان ففعل فهو للامر وان لم يقل
لفلان عتق اي اذا قال رجل لعبد اشتر لي نفسك من مولاك فقال العبد لمولاه بعني نفسي لفلان فباعه المولى
على هذا الشرط كان العبد ملكا للامر وان اطلق العبد بان قال بعني ولم يقل لفلان عتق واصله ان العبد يصلح
ان يشتري نفسه لنفسه ولغيره بطريق الوكالة لان جواز الشراء باعتبار المالية والعبد اجنبي عن نفسه في
حكم المالية الا ان البائع لا يملك حبس العبد حتى يستوفي البدل لان العبد في يد نفسه فيكون قابضا لنفسه
بمجرد العقد كالمودع اذا اشترى الوديعة لا يكون للبائع حبس المبيع لوجود القبض بمجرد العقد سواء اشتراه
لنفسه او لغيره اذا ثبت هذا فنقول اذا اضاف العقد الى الموكل كان ملكا للموكل واذا اضاف الشراء
الى نفسه بان قال بعني نفسي لنفسي عتق لما ذكرنا ولا يقال ان العبد وكيل بشراء شيء معين فوجب ان لا يجوز
له شراؤه لنفسه لانا نقول اتى بجنس اخر من التصرف لان بيع العبد من نفسه اعتاق على مال وشراؤه قبول العتق
فيكون مخالفا فينفذ عليه لان الوكيل بشراء شيء معين ينفذ عليه عند المخالفة على ما بيناه من قبل وان اطلق بان
قال بعني نفسي ولم يقل لي ولا لفلان عتق ايضا لان المطلق يحتمل الوجهين فلا يقع امتثالا بالشك فبقي التصرف
واقعا لنفسه ولا يقال ان البيع حقيقة فيه والعتق مجاز فينبغي ان يحمل على الحقيقة عند التردد اذ الحمل على
الحقيقة هو الاصل باتفاق العلماء لانا نقول الاصل ان الانسان ان يتصرف لنفسه فتعارض الاصلان فتساقطا
فيرجع الى غرض المولى فانه لما اختلف التصرفات فالظاهر ان المولى يريد الاعتاق اذ بيع العبد من نفسه
مطلقا اعتاق واقتصاره على اضافته الى العبد دليل عليه ولا يرضى بخروجه من ملكه الا الى الحرية ليثبت له

الولاء

الولاء عليه ثم الثمن هنا يكون في ذمة العبد في الوجهين دون ذمة الامر اما اذا وقع الشراء له فظاهر واما اذا
وقع للامر فلانه هو المباشر للعقد فترجع اليه الحقوق فيطالب بالثمن ويرجع به هو على الامر ولا يقال العبد
هنا محجور عليه والوكيل اذا كان محجورا عليه لا ترجع الحقوق اليه لانا نقول زال الحجر هنا بالعقد الذي باشره
مقترنا باذن المولى ثم اذا كان الشراء للامر فلا بد من قبول العبد لانه بيع فلا ينعقد الا بالايجاب والقبول
وان وقع للعبد يكتفي بقول المولى بعت ولا يحتاج فيه الى قبول العبد بعد قوله بعني نفسي لانه اعتاق فيستبد
به المولى بناء على ان الواحد يتولى طرفي العقد في العتق كالنكاح ولا يتولى طرفي العقد في البيع

فصل

قال رحمه الله الوكيل بالبيع والشراء لا يعقد مع من ترد شهادته له وذلك مثل قرابة الولاد واحد الزوجين
للاخر وعبده وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يجوز بيعه منهم بمثل القيمة الا من عبده او مكاتبه لان التوكيل
مطلق ولا تهمة فيه لان الاملاك متباينة والمنافع منقطعة فصار كالمضارب بخلاف عبده ومكاتبه
لان ملكه ملك له وله في مال مكاتبه حق وينقلب حقيقة بالعجز فيكون بيعا من نفسه او تمكنت شبهته
وبخلاف الغبن الفاحش ولابي حنيفة رحمه الله ان مواضع التهمة مستثناة عن الوكالة وهذه مواضعها لان المنافع
بينهم متصلة فصار بيعا من نفسه من وجه فلا يجوز ولهذا لا تقبل شهادته لهم وتباين الاملاك لا يمنع
الاتصال من وجه اخر بخلاف المضاربة لان المضارب كالمتصرف لنفسه من وجه الا ترى ان رب المال
لا يملك نهيه عن التصرف بعدما صار المال عروضا وانه شريكه في الربح فلا تلحقه التهمة في البيع بمثل القيمة لانه
بمنزلة من يبيع مال نفسه الا انه عند بعضهم هو كالوكيل يجوز فيهما البيع لهم بمثل القيمة فعلى هذا لنا ان
نمنع قالوا هذا اذا لم يطلق له الموكل واما اذا اطلق له بان قال الموكل بع ممن شئت فحينئذ يجوز بيعه لهم
بمثل القيمة وذكر في النهاية ان الوكيل بالبيع اذا باع ممن لا تقبل شهادته له ان كان باكثر من القيمة يجوز بلا خلاف
وان كان اقل من القيمة بغبن فاحش لا يجوز بالاجماع وان كان بغبن يسير لا يجوز عند ابي حنيفة وعندهما يجوز
وان كان بمثل القيمة فعن ابي حنيفة رحمه الله روايتان في رواية الوكالة والبيوع لا يجوز وفي رواية المضاربة
يجوز وبيع المضارب وشراؤه ممن لا تقبل شهادته له على هذا التفصيل الا انه اذا كان بمثل القيمة يجوز هنا
عنده باتفاق الروايات وفي الوكيل روايتان وقد بينا الفرق على احداهما وعلى هذا الخلاف الاجارة والصرف
والسلم ونحوهما قال رحمه الله وصح بيعه بما قل وكثر وبالعرض والنسيئة يعني الوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل
والكثير الى اخره وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي لا يجوز بيعه بنقصان لا يتغابن الناس
في مثله ولا يجوز الا بالدراهم حالة او الى اجل متعارف لان مطلق الوكالة يتقيد بالمتعارف والتصرفات لدفع
الحاجات فيتقيد التوكيل بها على وفقها والمتعارف البيع بثمن المثل وبالنقود حالة او مؤجلة باجل متعارف
بين الناس وبيع ما يساوي الفا بعشرة الى مائة سنة غير متعارف فيتقيد بالمعتاد ولهذا يتقيد التوكيل
بشراء الاضحية والفحم والجمد بايام الحاجة من تلك السنة ولان البيع بغبن فاحش بيع من وجه وهبة من
وجه ولهذا الوصي من المريض اعتبر من الثلث ولا يملكه الاب والوصي فصار كالوكيل بالشراء والبيع
بالعروض شراء من وجه ولم يوكل به ولا بالهبة فلا يدخل تحت الامر بالبيع ولابي حنيفة ان التوكيل بالبيع
مطلق فيجري على اطلاقه في غير موضع التهمة وهذا لان البيع هو مبادلة المال بالمال مطلقا من غير تقييد بنقد
او بقيمة والبيع بالغبن الفاحش او بالعروض او بالنسيئة اذا لم يكن في لفظه ما ينفي ذلك كقوله بعه واقض به
ديني او للنفقة ونحو ذلك متعارف عند شدة الحاجة الى الثمن والتضجر من العرض فلم يخرج من ان يكون بيعا
في العرف ولا في الحقيقة ولهذا لو حلف ان لا يبيع يحنث به ويستحق الكل بالشفعة واليمين ينصرف الى المتعارف
كالوكالة ولا شفعة في الهبة وانما لا يملكه الاب والوصي ذلك لان ولايتهما مقيدة بشرط النظر ولا نظر في الغبن
الفاحش وحق الورثة تعلق بالمالية في مرضه فلا يكون له ابطاله فيما زاد على الثلث والوكيل بالشراء متهم

لاحتمال انه اشتراه لنفسه ولما راى الصفقة خاسرة نسبها اليه ولا يمكن ذلك فى البيع فلا يتهم والمسائل
المستشهد بها ممنوعة على قول ابى حنيفة والمقايضة بيع من كل وجه شراء من كل وجه لان كل واحد منهما يبيع ماله
ويشترى مال الاخر ولا تهمة فيه لعدم احتمال الشراء لنفسه فيجوز بالقليل والكثير بخلاف الوكيل بشراء شيء
بعينه حيث لا يكون له ان يشتريه للموكل بالغبن الفاحش وان كان لو يملك شراءه لنفسه لانه بالمخالفة فيه
يكون مشتريا لنفسه فكانت التهمة فيه باقية والوكيل بالنكاح اذا زوجه باكثر من مهر مثلها جاز لعدم التهمة
قال رحمه الله ولا يقيد شراؤه بمثل القيمة وزيادة يتغابن الناس فيها وهو ما يدخل تحت تقويم المقومين اى تقيد
شراء الوكيل بمثل القيمة حتى لا يجوز شراؤه بالغبن الفاحش وهذا بالاجماع والفرق لابى حنيفة فيما ذكرناه وفرق
اخر ان امره بالبيع يلاقى ملك نفسه وفى الشراء ملك غيره وله فى ملك نفسه ولاية مطلقة فاعتبر اطلاقه
وليس له ولاية فى ملك غيره فلم نعتبره فحملناه على اخص الخصوص وهو الشراء بالنقد وبمثل القيمة فيتقيد
بهما ولان اعتبار الاطلاق فى الشراء غير ممكن فوجب حمله على ما ذكرنا لانه لو لم يحمل عليه لاشتراه بجميع
ما يملكه الموكل وبزيادة فيلحقه بذلك ضرر عظيم والوكيل بالبيع لا يقدر على ذلك فامكن اعتبار الاطلاق
الا من فيه فافترقا وكذا ليس له ان يشترى بمكيل او موزون غير النقدين دينا فى الذمة لان التوكيل بالشراء
يتقيد بالمتعارف وهو الشراء بالنقدين وقال زفر لا يجوز الا حتى لو اشتراه به ينفذ على الموكل لانه شراء من كل
وجه اذا الموصوف منه عن خلاف ما اذا كان معينا ثم قدر الغبن اليسير ههنا بما يدخل تحت تقويم المقومين
وما لا يدخل تحت تقويم المقومين فاحش لان القيمة تعرف بالحزر والظن بعد الاجتهاد فيعذر فيما يشتبه
لانه يسير لا يمكن الاحتراز عنه ولا يعذر فيما لا يشتبه لفحشه ولامكان الاحتراز عنه لانه لا يقع فى مثله عادة
الا عمدا وقيل حد الفاحش فى العروض نصف عشر القيمة وفى الحيوان عشر القيمة وفى العقار خمس القيمة وفى الدراهم
ربع عشر القيمة لان الغبن يحصل لقلة الممارسة فى التصرف فكلما كانت الممارسة فيه اقل كان الغبن فيه اكثر
فيعفى عن التفاوت بحسب الممارسة والصحيح الاول وفى النهاية جعل هذا القدر معفوا وهو خلاف ما ذكره
صاحب الهداية وفى الكافى وقيل لو يحتمل الغبن اليسير ايضا وليس ينبغى هذا كله اذا كان سعره غير معروف بين
الناس ويحتاج فيه الى تقويم المقومين واما اذا كان معروفا كالخبز واللحم والموز والجبن لا يعفى فيه الغبن
وان قل ولو كان فلسا واحدا قال رحمه الله ولو وكله ببيع عبد فباع نصفه صح عند ابى حنيفة رحمه الله لان اللفظ
مطلق عن قيد الافتراق والاجتماع فيجوز مطلقا مجتمعا ومفترقا كما لو وكله ببيع المكيل والموزون ولانه لو باع كله بهذا
القدر من الثمن جاز عنده فبنصفه اولى ان يجوز وقال ابو يوسف ومحمد لا يجوز لان فيه ضرر الشركة وهو غير معتاد اذ هو
عيب وتنتقص به القيمة فلا يدخل تحت الامر المطلق فلا يجوز الا ان يبيع النصف الاخر قبل ان يختصما لان بيع النصف
قد يقع وسيلة الى الامتثال بان لا يجد من يشتريه جملة فيحتاج الى التفريق فيتبين ذلك ببيع الباقى بعده بخلاف
المكيل والموزون لانه لا ضرر فى تبعيضه ولا ينتقص قيمته بذلك قلنا ضرر الشركة اهون من ضرر بيع الكل بنصف
الثمن وقولهما استحسان والقياس ما قاله ابو حنيفة رحمه الله تعالى قال رحمه الله وفى الشراء يتوقف ما لم يشتر الباقى اى فى
الوكيل بشراء العبد اذا اشترى نصفه يتوقف شراؤه فان اشترى باقيه قبل ان يختصما لزم الموكل والا لزم الوكيل
وهذا بالاجماع لان شراء البعض قد يقع وسيلة الى الامتثال بان كان العبد بين جماعة فلم يقدر على شرائه كله
دفعة واحدة فيحتاج الى شرائه شقصا شقصا حتى يشترى الكل فاذا اشترى الكل قبل رد الامر الشراء تبين انه وسيلة
فينفذ على الآمر وان لم يشتر حتى رد الشراء نفذ على المامور بخلاف الوكيل ببيع العبد عند ابى حنيفة رحمه الله على ما بيناه والفرق
له بينهما ان الشراء يتحقق فيه التهمة دون البيع على ما مر بيانه ولان الامر بالبيع يصادف ملكه فيصح فيعتبر فيه
اطلاقه والامر بالشراء صادف ملك الغير فلم يصح فلم يعتبر فيه الاطلاق والتقييد فيتوقف على شراء الباقى ولا يقال
ان الشراء لا يتوقف بل ينفذ على المشترى فكيف يمكن القول بالتوقف لانا نقول انما لا يتوقف اذا وجد نفاذا على العاقد

واما اذا لم يجد فيتوقف كشراء العبد والصبى المحجور عليهما لغيرهما بغير امره فانه يتوقف على اجازة من اشترى له
لانه لم يجد نفاذا على المشترى فكذا هنا شراء النصف لا ينفذ على الوكيل لعدم النفاذ عليه لانه انما ينفذ عليه
اذا كان مخالفا من كل وجه ولا على الآمر لانه لم يوافق امره من كل وجه فقلنا بالتوقف فان اشترى باقيه لزم
الآمر والا لزم المامور ولا فرق فيه بين التوكيل بشراء عبد بعينه او بغير عينه فلو اعتقه الآمر فى زمن التوقف
نفذ عتقه عند ابى يوسف ولا ينفذ عتق المامور وعند محمد رحمه الله بالعكس لانه قد خالف فيما امره به وانما توقف
عليه من حيث ان الخلاف يتوهم رفعه بان يشترى الباقى فيرتفع الخلاف فقبل ان يشترى بقى مخالفا فاذا اعتقه الآمر
لم ينفذ وابو يوسف يقول ان العقد موقوف على اجازة الموكل الا ترى انه لو اجازه صريحا نفذ عليه والاعتاق اجازة
منه فينفذ عليه ولا ينفذ اعتاق الوكيل لان الوكالة تناولت محلا بعينه فلم يملك الوكيل شراءه لنفسه ولم يتوقف
على اجازته فلا ينفذ اعتاقه هكذا ذكره فى النهاية معزيا الى الايضاح قال رحمه الله ولو رد المشترى المبيع على الوكيل
بالعيب ببينة او نكول رده على الآمر وكذا بالاقرار فيما لا يحدث مثله لان البينة حجة مطلقة والوكيل مضطر
فى النكول لعدم ممارسته المبيع فيلزم الآمر واقراره ليس بحجة على الموكل وانما يرده عليه اذا رد عليه باقراره بعيب
لا يحدث مثله لان القاضى يعلم ان العيب كان فى يد البايع فلم يكن قضاؤه مستندا الى الاقرار ولا الى البينة والنكول
فحاصله ان العيب لا يخلو اما ان لا يكون حادثا كالسن الزايدة والاصبع الزايدة او يكون حادثا لكنه لا يحدث
مثله فى مثل تلك المدة او يحدث فى مثلها فان كان غير حادث رده القاضى بغير حجة من بينة او نكول او اقرار وكذا اذا
كان حادثا لكنه لا يحدث فى مثل هذه المدة رده القاضى بغير بينة ولا نكول ولا اقرار لعلمه بكونه عند البايع
وتاويل اشتراط البينة او النكول او الاقرار فى الكتاب ان الحال قد يشتبه على القاضى بان لا يعرف تاريخ البيع
فاحتاج الى هذه الحجة ليظهر التاريخ او كان عيبا لا يعرفه الا الاطباء او النساء وقولهم حجة فى توجه الخصومة
لا فى الرد فيفتقر اليها الرد حتى لو كان القاضى عاين البيع وكان العيب ظاهرا لا يحتاج الى شئ منها وان كان عيبا
يحدث مثله فكذلك الحكم ان كان ببينة او نكول لان البينة حجة مطلقة وكذا النكول حجة فى حقه فيرده
عليه ثم فى هذه المواضع كلها رد القاضى على الوكيل يكون ردا على الموكل وان رده عليه فى هذا النوع باقراره بقضاء
القاضى لا يكون ردا على الموكل لان الاقرار حجة قاصرة فلا يتعدى بخلاف ما اذا كان مما لا يحدث مثله ولكن له
ان يخاصم الموكل فيرده عليه ببينة او بنكوله وان رده عليه باقراره برضاه من غير قضاء فليس له ان يرده على
الموكل لانه اقالة وهى بيع جديد فى حق ثالث والموكل ثالثهما بخلاف ما اذا رده عليه باقراره بقضاء قاض
لان الرد حصل بالقضاء فكان مكرها فانعدم التراضى وهو شرط فى المعاوضة المالية فجعل فسخا فى حق الكل
ولكن الفسخ استند الى دليل قاصر وهو الاقرار فعملنا بهما فمن حيث ان الرد فسخ كان للوكيل ان يخاصم الموكل
ومن حيث انه استند الى دليل قاصر لزم الوكيل الا ان يقيم حجة على الموكل وان كان العيب غير حادث او كان
حادثا الا انه لا يحدث مثله فى تلك المدة ورده على الوكيل باقراره بغير قضاء لزم الوكيل وليس له ان يخاصم الموكل
فى عامة روايات المبسوط وذكر فى البيوع انه يكون ردا على الموكل لانهما فعلا عين ما يفعله القاضى لو رفع
اليه اذ لا يكلف القاضى على اقامة البينة ولا على الحلف فى هذه الصورة بل يرده عليه بلا حجة فكان الحق
متعينا فى الرد قلنا الرد بالتراضى بيع جديد فى حق ثالث والموكل ثالثهما لا نسلم ان الحق متعين فى الرد
بل يثبت حقه اولا فى السلامة ثم اذا عجز ينتقل الى الرد ثم اذا امتنع الرد بحدوث العيب او بزيادة حدثت
فيه ينتقل الى الرجوع بالنقصان فلم يكن الرد متعينا وهكذا ذكر الروايتين فى شرح الجامع الصغير وغيرها
وبين الروايتين تفاوت كثير لان فى رواية من اللزوم الى ان لا يخاصم بالكلية وكان الاقرب ان يقال لا يلزمه
ولكن له ان يخاصم قال رحمه الله وان باع بنسيئة فقال امرتك بنقد وقال المامور اطلقت فالقول للآمر اى الوكيل
بالبيع باع نسيئة فقال الموكل امرتك ان تبيعه بنقد وقال الوكيل امرتنى ببيعه مطلقا ولم تقل شيئا كان القول

قول الموكل لان مبنى الوكالة على التقييد حتى لا تصح بدون بيان النوع بعد الجنس او الثمن الا ترى انه لو قال وكلتك
ان تشترى لى دابة لا يصح ولو قال وكلتك فى مالى ليس له الا الحفظ فاذا كانت مبناها على التقييد وهو يستفاد من
جهة الامر كان القول له كما اذا انكر الامر اصلا **قال** وفى المضاربة للمضارب اى باع المضارب نسيئة فقال
رب المال امرتك ان تبيعه بنقد وقال المضارب اطلقت كان القول للمضارب لان الاصل فى المضاربة الاطلاق
والعموم الا ترى انه يملك التصرف المعتاد من شراء وبيع وابضاع وتوكيل واستيجار وايداع بذكر لفظة المضاربة
فقامت الدلالة على الاطلاق فمن ادعاه فيها كان مدعيا لما هو الاصل فيها وكان القول له لان الظاهر يشهد له
بخلاف ما اذا ادعى رب المال المضاربة فى نوع والمضارب فى نوع آخر حيث يكون القول لرب المال لسقوط الاطلاق
باتفاقهما فاشبهت الوكالة التى ليست فيها شائبة الشركة ثم مطلق الامر بالبيع يقتضيه نقدا او نسيئة الى اجل
متعارف عندهما والى اى اجل كان عنده بخلاف المضاربة حيث ينفذ باجل متعارف بين التجار على ما يجى فى موضعه
ان شاء الله تعالى **قال** ولو اخذ الوكيل بالثمن رهنا فضاع او كفيلا فتوى عليه لا يضمن اى الوكيل بالبيع فعل
ذلك لا يضمن لانه اصيل فى الحقوق وقبض الثمن منها والارتهان والكفالة وثيقة لجانب الاستيفاء فيملكهما
ولان قبض الرهن كقبض الثمن من حيث انه قائم مقامه ثم الثمن كان امانة فى يده بعد القبض فكذا الرهن بخلاف الوكيل
بقبض الدين حيث لا يملك اخذ الرهن ولا الكفيل لانه يقبض نيابة عن الآمر ولهذا لا يملك الابراء ويملكه الآمر
منعه ولو لا انه اصيل فيه لكان مثله وفى النهاية المراد بالكفالة هنا الحوالة لان التوى لا يتحقق فى الكفالة قبل
الكفالة على حقيقتها فان التوى يتحقق فيها بان مات الكفيل والمكفول عنه مفلسين وهذا كله ليس بشيء لان المراد هنا
توى مضاف الى اخذ الكفيل بدليل انه لو لم ياخذ كفيلا لم يتوديه كما فى الرهن والتوى الذى ذكره هنا غير
مضاف الى اخذ الكفيل بدليل انه لو لم ياخذ كفيلا ايضا التوى بموت من عليه الدين وحمله على الحوالة فاسد
لان الدين لا يتوى فيها بموت المحال عليه مفلسا بل يرجع به على المحيل وانما يتوى بموتهما مفلسين فصار كالكفالة
والاوجه ان يقال المراد بالتوى توى مضاف الى اخذ الكفيل وذلك يحصل بالمرافعة الى حاكم يرى براءة الاصيل
عن الدين بالكفالة ولا يرى الرجوع على الاصيل بموته مفلسا مثل ان يكون القاضى مالكيا ويحكم به ثم يموت
الكفيل مفلسا **قال** ولا يتصرف احد الوكيلين وحده لان الموكل رضى برايهما لا براى احدهما ولو كان البدل
مقدرا لان تقديره لا يمنع استعمال الراى فى الزيادة والنقصان وفى اختيار البايع والمشترى ونحو ذلك
وهذا فى تصرف يحتاج فيه الى الراى وامكن اجتماعهما فيه وكان توكيلهما بلفظ واحد واما ما لا يحتاج فيه
الى الراى كالطلاق والعتاق بغير عوض او لا يمكن الاجتماع فيه كالخصومة جاز لاحدهما ان يتصرف فيه دون
صاحبه وكذا اذا كان توكيلهما على التعاقب جاز لاحدهما ان ينفرد بالتصرف لانه رضى براى كل واحد منهما على
الانفراد وقت توكيله فلا يتغير ذلك بخلاف الوصيين اذا اوصى الى كل واحد منهما بكلام على حدة حيث لا يجوز
لاحدهما ان ينفرد بالتصرف فى الاصح لان وجوب الوصية بالموت وعند الموت صار اوصيين جملة واحدة والوكالة
حكما تثبت بنفس التوكيل فاذا اوكل واحد منهما بالعقد استبد كل واحد منهما بالتصرف واذا وكلهما بكلام
واحد لا ينفرد به احدهما وان كان احدهما حرا بالغا عاقلا والآخر عبدا او صبيا محجورا عليه لما ذكرنا ولو باع
احدهما بحضرة صاحبه فان اجاز صاحبه جاز والا فلا ولو كان غايبا فاجازه لم يجز فى قول ابى حنيفة رحمه الله
وان مات احدهما او ذهب عقله لم يجز للآخر ان يتصرف وحده لعدم رضاه برايه وحده **قال** الا فى خصومة
وطلاق وعتاق بلا بدل ورد وديعة وقضاء دين لان هذه الاشياء لا يحتاج فيها الى الراى والخصومة وان كانت
يحتاج فيها الى الراى لكن اجتماعهما فى التكلم فى مجلس القاضى متعذر لانه يؤدى الى التلبيس على القاضى والى
الشغب والراى يحتاج اليه سابقا على الخصومة ولا يشترط حضور صاحبه وقت الخصومة عند عامتهم
لانه لم يتعلق بمباعدة الخصومة وهو ساكت فايدة وطلاق الزوجة والعتق بلا بدل لا يحتاج فيه الى الراى

ولا كذلك الوكيل بالبيع صح

دون البيع والخلع ونحو ... مستخلص

الا اذا قال طلقاها ان شئتما او جعل امرها بايديهما فحينئذ يكون تفويضا فيقتصر على المجلس لكونه تمليكا
او يكون تعليقا فيشترط فعلهما لوقوع الطلاق لان المعلق بشيئين لا ينزل عند وجود احدهما وعن هذا لو قال
طلقاها جميعا ليس لاحدهما ان يطلقها وحده ولا يقع عليها طلاق احدهما ولو قال طلقاها جميعا ثلاثا فطلقها
احدهما طلقة والآخر طلقتين لا يقع ورد الوديعة لا يحتاج فيه الى الراى فرد احدهما كردهما بخلاف ما اذا وكلهما
باستردادها حيث لا يكون لاحدهما ان يقبض بدون صاحبه لان اجتماعهما فيه ممكن وللموكل فيه غرض صحيح
لان حفظ اثنين خير من حفظ واحد فاذا قبضه احدهما ضمن كله لانه قبض بغير اذن المالك اذ امره تناولهما مجتمعين
لا متفرقين فلم يكن مامورا فى حالة الانفراد بقبض شيء منه وقضاء الدين مثل رد الوديعة واقتضاؤه مثل استرداد
الوديعة **قال** ولا يوكل الا باذن او باعمل برايك اى لا يوكل الوكيل فيما وكل فيه الا ان ياذن له الموكل او يقول له
اعمل برايك لانه رضى برايه ولم يرض براى غيره ولان المفوض اليه التصرف دون التوكيل به فلا يملكه بدون
التفويض بخلاف التوكيل فى الحقوق حيث يملكه بغير اذن الموكل لانه اصيل فيه ولهذا لا يملكه الموكل ولا ينهيه
عنه ويملكهما فيما نحن فيه فلا يملك التوكيل بدون رضاه فاذا فوض اليه وكل كان الثانى وكيلا عن الموكل حتى لا
يكون للاول ان يعزله ولا ينعزل بموته وينعزل بموت الموكل وهو نظير استخلاف القاضى حيث لا يملكه الا باذن
الخليفة ثم لا ينعزل بعزل القاضى الاول ولا بموته وينعزل بعزل الخليفة لهما لكن لا ينعزل بموته والفرق ان الخليفة
عامل المسلمين فلا ينعزل به القاضى الذى ولاه هو او ولاه القاضى باذنه والموكل عامل لنفسه فينعزل
وكيله بموته لبطلان حقه **قال** فان وكل بلا اذن الموكل فعقد بحضرته او باع اجنبى فاجاز صح اى ان وكل
الوكيل بغير اذن الموكل فعقد الوكيل الثانى بحضرة الوكيل الاول او عقد اجنبى فاجازه الوكيل الاول جاز فيهما لان
مقصود الموكل حضور رايه وقد حصل به وكذا لو عقد الوكيل الثانى بحضرة الوكيل الاول جاز من غير اجازة منه
لان المقصود وهو حضور رايه قد حصل بنفس العقد باذنه ولو قدر الاول الثمن للثانى جاز عقده فى غيبته
لحصول المقصود باستعمال رايه فى تقدير الثمن بخلاف ما اذا وكل وكيلين وقدر لهما البدل حيث لا يجوز لاحدهما
ان يتصرف بدون صاحبه لان تقديره لا يمنع استعمال الراى فى نقصانه فى الشراء وفى الزيادة فى البيع وفى اختيار
من يعامله بل هو مقصوده ظاهرا لان تفويضه اليهما مع تقدير البدل دليل عليه بخلاف ما اذا كان المامور
واحدا لان غرضه استعمال رايه فى معظم الامر وهو تقدير البدل وقد حصل وهذا لان المقصود فى الوكالات
الاسترباح عادة وهو زيادة البدل وقد حصل بتقدير البدل وما عداه كالفضلة فلا يكون مقصودا
بالتوكيل واختلفوا فى العهدة فيما اذا عقد الوكيل الثانى بحضرة الوكيل الاول فذكر البقالى فى فتاواه ان
الحقوق تتعلق بالاول وكذا ذكر المحبوبى ايضا لان الموكل رضى بلزوم العهدة للاول دون الثانى وذكر
فى حيل الاصل والعيون ان الحقوق ترجع الى الثانى وهو الصحيح لانه هو العاقد والعقد هو السبب للزوم
وقد صدر من المباشر دون غيره وينبغى ان يكون على هذا الخلاف فيما اذا عقده والاول غايب فاجازه
او عقده اجنبى فاجازه الاول ولا معنى لاشتراط حضرته والتوكيل بالطلاق والعتاق اذا وكل غيره فطلق
الثانى بحضرة الوكيل لا ينفذ لان الامر علقه بلفظ الاول دون الثانى وهو يتعلق بالشرط بخلاف البيع ونحوه
قال وان زوج عبد او مكاتب او كافر صغيرته الحرة المسلمة او باع مالها او اشترى لها لم يجز لانه لا
ولاية لهؤلاء الا ترى ان العبد لا يملك انكاح نفسه فكيف يملك انكاح غيره وكذا الكافر لا ولاية له على المسلم
قال الله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ولهذا لا تقبل شهادته على المسلم ولا شهادة للعبد
اصلا والمكاتب عبد ما بقى عليه درهم ولان هذه الولاية نظرية فلا بد من تفويضها الى القادر ليتحقق معنى النظر
والرق يزيل القدرة والكفر يقطع الشفقة على المسلم فلا مصلحة فى التفويض اليهما ولا فرق فى ذلك بين ان يكون
الكافر ذميا او حربيا واما المرتد فان ولايته على اولاده وامواله موقوفة بالاجماع لانها تبتنى على النظر والنظر

يحصل باتفاق الملتين لان الحادها داع الى النظر وهو متردد في الحال فوجب التوقف فيه فاذا اسلم جعل كانه
لم يزل مسلما فينفذ تصرفه واذا مات او قتل على ردته تقررت جهة انقطاع الولاية فيبطل تصرفه بخلاف
تزوجه بنفسه حيث لم يجز وان اسلم بعد ذلك لان جواز النكاح يعتمد الملة ولا ملة للمرتد فلا يتوقف اذ لا مجيز
له في الحال لان شرط التوقف ان يكون له مجيز في الحال فصار نظير اعتاق الصبي وطلاقه وهبته حيث لا يتوقف
على البلوغ اذ لا مجيز لها في الحال ونكاح اولاده الصغار له مجيز في الحال وهو الولي او القاضي فيتوقف فان اسلم
نفذت فصح النكاح والا بطل وبخلاف تصرفاته في ماله عندهما لانها تبتني على الملك والملك قائم ثابت في امواله
مادام حيا فينفذ بلا توقف **باب الوكالة بالخصومة والقبض** الوكيل بالخصومة والتقاضي لا يملك
القبض ش وهذا قول زفر وعند علمائنا الثلاثة يملك القبض عينا كان او دينا لان الوكيل بالشيء وكيل باتمامه
واتمامها يكون بالقبض وما لم يقبض فالخصومة قائمة لانه يتوهم الانكار بعد ذلك والمطل فربما يحتاج الى
المرافعة ثانيا فيكون له القبض قطعا للمادة بها ولان المقصود من الخصومة الاستيفاء اذ هي غير مقصودة لذاتها
والوكيل بالشيء يملك ما هو المقصود منه ومعنى التقاضي الطلب في العرف فصار بمعنى الخصومة وهو في اصل اللغة
القبض لانه تفاعل من قضى يقال قضى دينه واقتضيت منه ديني اي اخذت والعرف قاض على الوضع فكان اولى اذ الحقيقة
مهجورة فصار بمعنى الخصومة مجازا فيكون التوكيل بها توكيلا باتمامها اذ المطالبة لا تنتهي الا بالقبض ولزفر
رحمه الله ان الخصومة غير القبض حقيقة وهي لاظهار الحق ويختار في التوكيل بها من هو الد الناس خصومة واكثرهم
كذبا وخيانة واقلهم دينا وحياء ويختار في القبض من هو اوفى الناس امانة واكثرهم ورعا فمن يصلح للخصومة
عادة لم يرض بقبضه فالتوكيل بخصومته لا يدل على الرضا بقبضه بل يدل على عكسه فلا يكون له
القبض وكذا المطالبة غير القبض فالوكيل بها لا يملك القبض لما ذكرنا والفتوى اليوم على قول زفر رحمه الله
ولهذا اختاره الشيخ رحمه الله لتغير احوال الناس وكثرة الخيانات في الوكلاء ولا فرق في ذلك بين العين والدين
لان المعنى لا يختلف فيهما **قال** رحمه الله وبقبض الدين يملك الخصومة ش اي الوكيل بقبض الدين يملك الخصومة
حتى لو اقيمت عليه البينة على استيفاء الموكل او ابرائه تقبل وكذا اذا جحد الغريم واقام الوكيل البينة عليه
تقبل وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يكون خصما وهو رواية الحسن عنه لان القبض غير الخصومة فلم يكن
الرضا به رضا بها اذ ليس كل من يؤتمن على المال يهتدي اليها **قال** رحمه الله وبقبض العين لا فلو برهن ذو اليد
على الوكيل بالقبض ان الموكل باعه وقف الامر حتى يحضر الغائب وكذا الطلاق والعتاق ش اي الوكيل بقبض العين
لا يملك الخصومة حتى لو اقام ذو اليد البينة على الوكيل بقبض العين ان الموكل باعه العين لم تقبل بينته
الا في حق قصر يد الوكيل عن العين فيتوقف حتى يحضر الغائب وكذا لو اقامت المراة البينة على الوكيل بنقلها ان
الزوج طلقها ثلاثا او اقام العبد البينة على الوكيل بنقله ان المولى قد اعتقه لا تقبل في حق وقوع الطلاق
والعتاق وتقبل في حق قصر يد الوكيل عنهما حتى يوقف الامر الى ان يحضر الغائب وهذا بالاجماع استحسانا
والاصل في جنس هذه المسائل ان التوكيل اذا وقع باستيفاء عين حقه لم يكن وكيلا بالخصومة لان التوكيل
وقع بالقبض لا غير ويمكن حصوله بلا خصومة بان لا يجحد ذو اليد ملكه فلا حاجة الى جعله وكيلا في غير
ما وكل به لان الامر بالشيء انما يدخل غيره فيه اذا كان لا يتوصل اليه الا به للضرورة وان وقع التوكيل بالتملك
كان وكيلا بالخصومة لان التملك انشاء تصرف وحقوق العقد تتعلق بالعاقد لانه لا يمكنه التحصيل الا بها
والخصومة من حقوقها فكان وكيلا بها فاذا ثبت هذا قال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله الوكيل بقبض الدين وكيل باستيفاء عين
حقه حكما ولهذا لو قبض احد الشريكين شيئا من الدين كان للآخر ان يشاركه فيه ومعنى التملك ساقط حكما حتى
كان له ان يأخذه بلا قضاء ولا رضاء كما في الوديعة والغصب فلا ينتصب خصما كما في الوكيل بقبض العين
وقال ابو حنيفة رحمه الله الوكيل بقبض الدين وكيل بالتملك لان الديون تقضى بامثالها لا باعيانها وهذا لان

المقبوض ليس بملك الموكل بل هو بدل حقه الا ان الشرع جعل ذلك طريقا للاستيفاء فانتصب خصما كالوكيل بالشراء
والقسمة والرد بالعيب والرجوع في الهبة والوكيل باخذ الشفعة ومسئلتنا اشبه باخذ الشفعة فانه خصم
قبل القبض عند [illegible] كما ان الوكيل بطلب الشفعة خصم قبل الاخذ فاما الوكيل بالشراء فانما يصير خصما بعد
مباشرة الشراء واما الوكيل بقبض العين فليس بوكيل بالمبادلة فصار رسولا وامينا محضا فلم تتعلق الحقوق بالقابض
ولا ينتصب خصما ولا تقبل البينة عليه قياسا حتى لا يجب التوقف فيه لانها قامت على غير خصم وفي الاستحسان يتوقف
حتى يحضر الموكل فاذا حضر امر الخصم باعادة البينة على ما ادعى لان البينة قامت على نفس الحق وعلى قصر اليد
والوكيل خصم في حق اليد فقط فتقبل في حقه فتقصر يده عنه كما اذا اقام الخصم البينة ان الموكل عزله عن الوكالة
فانها تقبل في حق قصر اليد **قال** رحمه الله ولو اقر الوكيل بالخصومة عند القاضي صح والا لا ش اي اذا اقر عند غير القاضي لا يصح
وعنده يصح وهو استحسان ولكنه يخرج به عن الوكالة وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يصح اقراره عند
غير القاضي وقال زفر والشافعي لا يصح اقراره عند القاضي ايضا وهو قول ابي يوسف اولا وهو القياس لانه مامور
بالخصومة وهي منازعة والاقرار يضادها لانه مسالمة والامر بالشيء لا يتناول ضده ولهذا لا يملك الابراء
والصلح ويصح اذا استثنى الاقرار ولو كانت حقيقة الخصومة مهجورة لما صح استثناؤه وكذا لو وكله بالجواب مطلقا
يتقيد بجواب هو خصومة عندهما لقصده الانكار ولهذا يختار فيها الاهدى فالاهدى في الخصومة وهذا لان
الوكالة تتقيد بالعرف كما تتقيد بالتنصيص نصا ولان فيه اضرارا بالموكل فلا يملكه ولهذا لا يملكه الاب والوصي
في مال الصغير ولا ابنهما اولى ولنا ان التوكيل صحيح فيدخل تحته ما يملكه الموكل وهو الجواب مطلقا دون احدهما
عينا اذ لا يجوز له ان ينكر اذا كان خصمه محقا والخصومة يراد بها مطلق الجواب عرفا مجازا لانها سببه فذكر
السبب وارادة المسبب شائع او لانه جزء وجب مقابلتها او لان الجواب يكون في موضع تكون فيه الخصومة وهو مجلس
الحكم والجواب يتناول الاقرار والانكار عملا بعموم المجاز كما لو قال عبده حر يوم يقدم فلان فانه يراد به مطلق الوقت
مجازا فيتناول الليل والنهار عملا بعموم المجاز والدليل انه يراد به الجواب مطلقا ان القاضي يأمره بالجواب فيقول له
اجب خصمك ولا يأمره بالخصومة فوجب حمله على الجواب ليصح توكيله قطعا ولو حمل على الانكار لا يصح الا على احد التقديرين
وهو ان يكون محقا بالانكار وان كان مبطلا لا يصح وهذا لان الوكيل قائم مقام الموكل والموكل لا يملك الانكار عينا وانما
يملك مطلق الجواب وهو يتبع ان كان خصمه محقا او بلا ان كان مبطلا فكذا لا يملك التوكيل بالانكار عينا فلا يحمل عليه
لان في حمله عليه فساده من وجه وفي حمله على مطلق الجواب صحته من كل وجه فكان اولى لصحته بيقين قطعا بلا احتمال
الفساد ولو استثنى الاقرار فعن ابي يوسف انه لا يصح لانه يكون توكيلا بالانكار فقط وهو لا يملك ذلك عينا فلذا لا
يصح التوكيل به فلا يلزمنا وعن محمد انه يصح لانه يحتمل ان يكون محقا بالانكار فيملكه وتنصيصه عليه يرجح تلك
الجهة فيجوز توكيله به عند التصريح به وعند الاطلاق يحمل على مطلق الجواب وعن محمد انه فرق بين الطالب
والمطلوب فصححه من الطالب دون المطلوب لان الطالب لا يجبر على الخصومة فله ان يوكل بشيء دون شيء على ما
يختار والمطلوب يجبر عليها فلا يملك التوكيل بما فيه اضرار بالطالب ولان الطالب يستحق حقه بالبينة او بنكول
الموكل لان الوكيل لا يحلف فلا يفيد استثناء الانكار في حقه وفي ظاهر الرواية يصح استثناء الاقرار منه لما ذكرنا
ولان الانكار حقيقة في الخصومة فلا يعارضه المجاز عند التصريح بالحقيقة ثم ابو يوسف رحمه الله يقول الوكيل قائم
مقام الموكل باقامته فاقراره لا يختص بمجلس القاضي فكذا اقرار من قام مقامه وهذا لان الشيء انما يختص بمجلس
القضاء اذا لم يكن موجبا الا بانضمام القضاء اليه كالبينة والنكول فاما الاقرار فموجب بنفسه فلا يختص بمجلس
القضاء بخلاف الاب والوصي لان تصرفهما مقيد بشرط النظر لقوله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي احسن
وقال تعالى قل اصلاح لهم خير وليس في اقرارهما خير لهم وهما يقولان ان المراد بالخصومة الجواب مجازا على ما بينا
فيملك الاقرار من حيث انه جواب لا من حيث انه اقرار والجواب يختص عليه في مجلس الحكم فيكون التوكيل مختصا به

فيقوم مقام الموكل فى مجلس الحكم او غيره ولم يكن وكيلا فى غيره فاذا اقر عليه لا يعتبر اقراره لكونه اجنبيا فلا
ينفذ على الموكل لكن يخرج به عن الوكالة لان اقراره على الموكل يتضمن الاقرار على نفسه بانه ليس له ولاية الخصومة
فيقبل فى حق نفسه لا فى حق الموكل كالاب والوصى اذا اقر بمال الصغير لغيره فانه يخرج عن الوكالة فى ذلك المال
ولو استثنى الانكار صح اقراره وكذا الانكار وهذا لا يصير الموكل مقرا بالتوكيل بالاقرار ولو اقر الوكيل بالخصومة فى حد
القذف والقصاص لا يصح اقراره لان التوكيل بالخصومة جعل توكيلا بالجواب مجازا بالاجتهاد فتمكنت فيه شبهة
العدم فى اقرار الوكيل فيورث شبهة فى درء ما يندرئ بالشبهات قال رحمه الله وبطل توكيل الكفيل بالمال معناه اذا كان
لرجل دين على رجل وكفل به رجل فوكل الطالب الكفيل بقبض ذلك الدين من الذى عليه الاصل لم يصح التوكيل لان الوكيل
هو الذى يعمل لغيره ولو صححنا هذه الوكالة صار عاملا لنفسه ساعيا فى براءة ذمته فانعدم الركن فبطل ولان قبول
قوله ملازم للوكالة لكونه امينا ولو صححناها وجب ان لا يقبل قوله لكونه متهما فيه بابراء نفسه فصار نظير من اعتق
عبده المديون حتى لزمه ضمان قيمته للغرماء ولزم العبد جميع الدين ثم ان المولى ضمن الدين للغرماء فانه لا يصح لما
ذكرنا فكذا هذا فان قيل الدائن اذا وكل المدين بابراء نفسه عن الدين يصح وان كان عاملا لنفسه ساعيا فى براءة
ذمته قلنا ذلك تمليك وليس بتوكيل كما فى قوله لامراته طلقى نفسك فاذا بطلت الوكالة فلو قبضه من المدين
وهلك فى يده لم يهلك على الطالب ولو ابراه عن الكفالة لا تنقلب صحيحة لوقوعها باطلة ابتداء كما لو كفل عن غائب
فانه يقع باطلا ثم اذا بلغه فاجاز لم يجز لما ذكرنا ولا يقال ينبغى ان تبطل الكفالة وتصح الوكالة كعكسه فانه
لو وكله بقبض الدين ثم ضمن الوكيل الدين صح الضمان وبطلت الوكالة لانا نقول الكفالة اقوى من الوكالة
لكونها لازمة فصلح ناسخة لها بخلاف العكس ويجوز ان يوكل الكفيل بالنفس بالخصومة لان الواحد يقوم بهما
قال رحمه الله ومن ادعى انه وكيل الغائب بقبض دينه فصدقه الغريم امر بدفعه اليه لانه اقر على نفسه لان ما
يقبضه خالص حقه اذ الديون تقضى بامثالها فيكون مقرا بوجوب دفع ماله اليه حتى لو ادعى انه ادى الدين الى
الطالب لا يصدق لانه لزمه الدفع الى الوكيل باقراره وثبتت الوكالة ولم يثبت الايفاء بمجرد دعواه فلا يؤخر
حقه كما لو كان الموكل حاضرا وادعى ذلك وله ان يتبع رب المال ويستحلفه ولا يستحلف الوكيل بالله تعالى ما تعلم
ان الطالب قد استوفى الدين لان النيابة لا تجرى فى الايمان بخلاف الوارث حيث يحلف على العلم لان الحق يثبت
للوارث فكان الحلف بطريق الاصالة دون النيابة وفى المسئلة نوع اشكال وهو ان التوكيل بقبض الدين توكيل
بالاستقراض معنى لان الديون تقضى بامثالها فما قبضه رب الدين من المديون يصير مضمونا عليه وله على الغريم
مثل ذلك فالتقيا قصاصا والتوكيل بالاستقراض لا يصح والجواب ان التوكيل بقبض الدين رسالة بالاستقراض
من حيث المعنى وليس بتوكيل بالاستقراض لانه لا بد للوكيل بقبض الدين من اضافة القبض الى موكله بان يقول
ان فلانا وكلنى بقبض ما له عليك من الدين كما لا بد للرسول فى الاستقراض من الاضافة الى المرسل بان يقول
ارسلنى اليك وقال الشارح صح فصح ما ادعينا ان هذا رسالة معنى والرسالة بالاستقراض جائزة ذكره فى النهاية
وعزاه الى الذخيرة وهذا سؤال حسن والجواب عنه مخلص على قول ابى حنيفة فانه لو كان رسولا لما كان له ان يخاصم
قال رحمه الله فان حضر الغائب فصدقه والا دفع اليه الغريم الدين ثانيا لانه اذا صدقه ظهر انه كان وكيلا له
وقبض الوكيل قبض الموكل فيبرا منه به وان كذبه لم يصر مستوفيا بالقبض لانه لم تثبت وكالته والقول قوله
فى ذلك مع يمينه لانه منكر ولا يكون قولهما حجة عليه فياخذ منه الدين ثانيا ان لم يجز استيفاءه قال رحمه الله
ورجع به على الوكيل لو باقيا اى رجع الغريم بما قبضه الوكيل ان كان باقيا فى يده لانه ملكه وانقطع حق الطالب
عنه ولم يبق الاحتمال فيه حيث قبض دينه منه ثانيا قال رحمه الله وان ضاع لا اى ان ضاع المقبوض فى يد الوكيل
لا يرجع عليه لان الغريم باقراره صار محقا فى قبضه الدين وانما ظلمه الطالب بالاخذ منه ثانيا والمظلوم لا يظلم
غيره ويرد على هذا ما لو كان لرجل الف درهم مثلا ولآخر الف اخرى دين على رجل فمات وترك ابنين فاقتسما العين

عين

والالف نصفين فادعى الذى عليه الدين ان الميت استوفى منه الالف حال حياته فصدقه احدهما وكذبه الآخر
فالمكذب يرجع عليه بخمسماية ويرجع بها الغريم على المصدق وهو قياس عندهما لان المكذب ظلمه فى الرجوع عليه والظالم
هو المصدق بالرجوع بما اخذه المكذب وذكر الامالى انه لا يرجع لان الغريم زعم انه برئ عن جميع الالف الا ان الجاحد
ظلمه ومن ظلم ليس له ان يظلم غيره وما اخذه الجاحد دين على الجاحد ودين الوارث لا يقضى من التركة وجه الظاهر
ان المصدق اقر على ابيه بالدين لان الاقرار بالاستيفاء اقرار بالدين لان الديون تقضى بامثالها فاذا كذبه
الآخر واخذ منه خمسماية لم تسلم له البراءة الا عن خمسماية فبقيت خمسماية دينا على الميت فيرجع بها على المصدق فياخذ
ما اصابه بالارث حتى يستوفى لان الدين مقدم على الارث قال رحمه الله الا اذا ضمنه عند الدفع اى الا ان يضمن الغريم
الوكيل فحينئذ يرجع الغريم على الوكيل لان الضمان موجب ويجوز فى قوله ضمنه بالتشديد والتخفيف فمعنى التشديد
ان يضمن الغريم الوكيل ومعنى التخفيف ان يضمن الوكيل المال الذى اخذه منه وصورة هذا الضمان ان يقول
الغريم للوكيل نعم انت وكيله لكن لا آمن ان يجحد الوكالة ويأخذ منى ثانيا ويصير ذلك دينا عليه لانه اخذه منى ظلما
فهل انت كفيل عنه بما ياخذه منى ثانيا فيضمن ذلك الماخوذ فيكون صحيحا على هذا الوجه لانه مضاف الى سبب
الوجوب وهو كقوله ما غصبك فلان فعلى او ما ذاب لك عليه فعلى لان ما اخذه الطالب ثانيا غصب واما ما
اخذه الوكيل فلا يجوز ان يضمنه لانه امانة فى يده لتصادقهما على انه وكيل والامانات لا تجوز بها الكفالة على
ما بيناه فى موضعه قال رحمه الله او لم يصدقه على الوكالة ودفعه اليه على ادعائه اى يضمن الغريم الوكيل فى هذه
الصورة ايضا لانه دفعه اليه على احتمال ان يكون وكيلا ولم يرض بقبضه الا بقضاء دينه خصوصا ولبراءة ذمته
فاذا لم يحصل وانقطع رجاؤه رجع به عليه ولا فرق فى ذلك بين ان يكذبه صريحا او يسكت لان عدم التصديق يشمل
الصورتين وزعمه فيما اذا كذبه انه قبض بغير حق وان قبضه يوجب الضمان وكذا ان لم يصدقه ولم يكذبه لان
الاصل عدم التصديق وليس له ان يسترد المدفوع فى الوجوه كلها قبل ان يحضر الطالب لان المؤدى صار حقا للطالب
اما اذا صدقه فظاهر لانهما لو تصادقا فان ظاهره الا على حق واما اذا لم يصدقه فلاحتمال انه وكيله وان لم يوكله
يحتمل الاجازة منه فلا يكون له ان ياخذه مع بقاء هذا الاحتمال ولانه باشر التصرف لغرض له ان ينقضه ما لم يقع
الياس منه الا ترى انه اذا دفعه الى فضولى على رجاء الاجازة لم يملك استرداده لاحتمال ان يجيز وكذا لو اقام الغريم
البينة انه ليس بوكيل او على اقراره بذلك لا تقبل بينته ولا يكون له حق الاسترداد ولو اراد استحلافه على ذلك
لا يستحلف لان كل ذلك مبنى على دعوى صحيحة ولم توجد لكونه ساعيا فى نقض ما وجب للغائب ولو اقام الغريم البينة
ان الطالب جحد الوكالة واخذ منى المال تقبل لانه يثبت لنفسه حق الرجوع على الوكيل بناء على اثبات سبب انقطاع
حق الطالب عن المدفوع وهو قبضه المال بنفسه منه فانتصب الحاضر خصما عن الغائب فى اثبات السبب فيثبت
قبض الموكل فتنتقض يد الوكيل ضرورة وجاز ان يثبت الشئ ضمنا وان لم يثبت قصدا ولو ادعى الغريم على الطالب
حين رجع عليه انه وكل القابض واقام على ذلك بينة تقبل بينته ويبرا منه ولو اراد ان يحلفه كان له ذلك
فان نكل برئت ذمته ولو طلب الغريم ان يسترد من الوكيل ما دفعه اليه بعدما ادى الى الطالب بنفسه فادعى
الوكيل هلاكه او دفعه الى الموكل حلف على ذلك وان مات الموكل فورثه غريمه او وهبه له وهو قائم فى يد
الوكيل اخذه منه فى الوجوه كلها لانه ملكه وان كان هالكا ضمنه الا فى صورة واحدة وهو ما اذا صدقه فى الوكالة
وان انكر الغريم الوكالة واقر بالدين فللوكيل ان يحلفه بالله ما يعلم ان الطالب وكله بقبض دينه فاذا احلف
لم يدفع اليه وان نكل قضى عليه بالمال للوكيل وعن ابى حنيفة انه لا يحلفه لان حق التحليف بناء على انه خصم ولم يثبت
بالحجة وجه ظاهر الرواية انه لو اقر به لزمه فاذا انكر يحلف قال رحمه الله ولو قال انى وكيل بقبض الوديعة فصدقه
المودع لم يؤمر بالدفع اليه لانه اقر بقبض مال الغير فلا يصح لما فيه من ابطال حقه فى العين بخلاف ما اذا ادعى انه
وكيل بقبض الدين فصدقه حيث يؤمر بالدفع اليه لانه اقر بمال نفسه اذ الديون تقضى بامثالها لا باعيانها على ما

يبينا ولو هلكت الوديعة عنده بعد ما منع قيل لا يضمن وكان ينبغي ان يضمن لان المنع من وكيل المودع في زعمه بمنزلة
المنع من المودع وهو يوجب الضمان فكذا هذا ولو سلم الوديعة اليه فهلكت في يده وانكر المودع الوكالة يضمن المودع
لانه متعديا بالتسليم اليه وله ان يحلف المودع انه ما وكله فاذا نكل برئت ذمته واذا حلف ضمن وليس له ان يرجع
على الوكيل لانه في زعمه ان المودع ظالم في تضمينه اياه وهو مظلوم والمظلوم ليس له ان يظلم غيره الا اذا ضمنه وقت
الدفع له على الصفة التي ذكرنا في الدين فحينئذ يرجع عليه ولو دفع اليه من غير تصديق له على الوكالة رجع عليه
مطلقا ولو كانت العين باقية اخذها في الصور كلها لانه ملكها باداء الضمان ولو اراد ان يسترجعها منه بعد ما دفعها
اليه لا يملك ذلك لانه ساع في نقض ما تم من جهته قال رحمه الله وكذا لو ادعى الشراء وصدقه المودع لم يؤمر بالدفع
اليه لان اقراره على الغير غير مقبول قال رحمه الله ولو ادعى ان المودع مات وتركها ميراثا له وصدقه دفع اليه لان ملكه
قد زال بموته واتفقا انه مال الوارث فيدفعه اليه ولو ادعى رجل ان صاحب المال مات ولم يدع وارثا او انه
اوصى له بما في يد رجل من عين او دين وصدقه الذي في يده المال يؤمر بالتسليم اليه بعد التلوم لانه لما ادعى انه
لم يترك وارثا ينزل منزلة الوارث فيدفع اليه بعد التلوم كما يدفع الى الوارث بعد التلوم لاحتمال ان يكون
له وارث اخر ولو لم يعترف في يده المال بل انكر موته او قال لا ادري لا يؤمر بالتسليم اليه ما لم يقم البينة ولو لم
يقل لم يترك وارثا لم يكن صاحب اليد خصما له تمامه في البحر ولو ادعى ان صاحب المال مات واوصى اليه وصدقه
ذو اليد لا يلتفت الى تصديقه ولا يؤمر بالتسليم اليه اذا كان المال عينا في يد المقر له لانه اقر انه وكيل صاحب المال
بقبض الوديعة او الغصب بعد موته فلا يصح كما لو اقر انه وكيله حال حياته بقبض العين وان كان المال دينا على
المقر فعلى قول محمد الاول يصدق ويؤمر بالدفع اليه لانه اقر على نفسه اذ القضاء بخلاف الوديعة كما لو ادعى انه وكله
في حال حياته بقبض الدين وصدقه المديون يجبر على التسليم بخلاف ما لو صدقه انه وكيل بقبض الوديعة وعلى قول
محمد الاخير وهو قول ابي يوسف لا يصدق ولا يؤمر بالتسليم اليه وان كان اقرارا على نفسه من الوجه الذي ذكرنا لكنه
اقرار على الغائب من وجه ودعوى لبراءة نفسه بدفع المال عليه فانه لو دفع المديون اليه وتحقق موت صاحب المال
برئ بالدفع اليه لصحة امر القاضي بذلك حتى لو حضر الوارث وانكر وصايته لا يلتفت اليه ولا له ولاية اتباع الغريم
فيؤدي الى ان يبرا من الدين بقوله من غير حجة بخلاف ما لو اقر بوكالته حال حياته لانه لو حضر رب الدين وانكر
كان له ان يتبعه بدينه لان امر القاضي بالدفع لم يصح في حياته ذكره في التبيين قال رحمه الله فان وكله بقبض مال
فادعى الغريم ان رب المال اخذه دفع المال اي رجل وكل رجلا بقبض دين له على غريمه فقال الغريم للوكيل ان رب المال
اخذه مني يجبر على دفع المال الى الوكيل لان وكالته ثبتت بقوله اخذه رب المال اذ لم ينكر الوكالة وانما ادعى الايفاء
فيتضمن دعواه اقراره بالدين وبالوكالة وهذا لانه لو لم يكن هو محقا عنده في طلب الدين لما اشتغل بذلك وصار
كما اذا طلب منه الدين فقال اوفيتك فانه يكون اقرارا بالدين فاذا كان اقرارا ثبتت الوكالة في زعمه ولم يثبت
الايفاء بمجرد دعواه فيؤمر بالدفع اليه كما لو اقر بالوكالة صريحا على ما بينا ولو طلب الغريم تحليف الوكيل انه لم يعلم
ان الموكل استوفى منه لم يحلف لان اليمين لا تجري فيها النيابة على ما بينا من قبل وفيه خلاف زفر رحمه الله تعالى قال رحمه الله
واتبع رب المال واستحلفه اي الغريم يتبع رب المال فيستحلفه لان قبضه يوجب براءة ذمته والطالب لو اقر به
لزمه فيستحلف عند العجز عن اقامة البينة وقد بيناه من قبل قال رحمه الله وان وكله بعيب في امة وادعى البائع
رضا المشتري لم يرد عليه حتى يحلف المشتري اي وكله برد جارية بسبب عيب فيها فقال البائع المشتري رضي
بالعيب لا يرد على البائع حتى يحلف المشتري بخلاف مسئلة الدين لان التدارك ممكن هناك باسترداد ما قبضه الوكيل
اذا ظهر الخطا عند نكوله ولا يمكن ذلك في العيب لان القضاء بالفسخ نافذ ظاهرا او باطنا عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى
فيصح القضاء ويلزم ولا يستحلف المشتري بعد ذلك لانه لا يفيد اذ لا يجوز نقض القضاء وفي مسئلة الدين ليس فيه
قضاء وانما فيه الامر بالتسليم فاذا ظهر الخطا فيه امكن نزعه منه ودفعه الى الغريم من غير نقض القضاء ولا حق

الطالب

الطالب في الدين ثابت بيقين فتحقق الموجب فلا يمتنع على الوكيل استيفاؤه ما لم يثبت الغريم ما يسقطه ولا كذلك
العيب لانه لم يتيقن بثبوت حق المشتري في الرد لاحتمال انه راى العيب ورضي به وقت التسليم فيمتنع ثبوت
حقه في الرد اصلا وقالوا عند ابي يوسف ومحمد يجب ان لا يؤخر بين المسئلتين بل يرد منهما الحال لان القضاء بالخطا
لا ينفذ الا ظاهرا عندهما فامكن التدارك فيهما وقيل الاصح عند ابي يوسف ان يؤخر في الفصلين لان من مذهبه
ان القاضي لا يرد بالعيب على البائع ما لم يستحلف المشتري بالله ما رضيت بهذا العيب وان لم يدع البائع الرضا
فلا بد من حضور المشتري وحلفه قال رحمه الله ومن دفع الى رجل عشرة ينفقها على اهله فانفق عليهم عشرة من عنده
فالعشرة بالعشرة وهذا استحسان والقياس ان يكون متبرعا لانه خالف امره فيرد العشرة على الموكل وجه الاستحسان
ان الوكيل بالانفاق وكيل بالشراء لان الانفاق لا يكون بدون الشراء فيكون التوكيل به توكيلا بالشراء والوكيل
بالشراء يملك النقد من مال نفسه ثم يرجع به على الامر وهذا كونه لا يستصحب دراهم الامر في كل مكان وينفق
لما امره به من غير قصد فيشتري لهم ويحتاج الى النقد من مال نفسه فلم يجعل متبرعا تحقيقا لغرض الامر ونفيا
للحرج عن المامور وقيل القياس والاستحسان في قضاء الدين لانه ليس في معنى الشراء ففي القياس يكون متبرعا
لان امره كان مقيدا بالمال المدفوع اليه ففي دفع مال اخر هو كالاجنبي فيكون متبرعا في القضاء من مال نفسه
ويرد على المطلوب ما اخذ منه لانه ملكه وقد كان عينه لجهة وقد استغنى عنه وجه الاستحسان ان مقصود
الامر تحصيل البراءة وقد حصلت ولا فرق في ذلك بين المالين فلم يكن التقييد مفيدا فلا يعتبر ولان الوكيل قد يبتلى
بوجود الطالب في موضع ليس معه مال الموكل فيحتاج الى ان يدفع مثله من مال نفسه ليأخذ مال الامر فكان هذا
توكيلا بالمبادلة من وجه وهذا القدر من المبادلة يكفي لصحة الرجوع عليه

باب عزل الوكيل

اعلم ان الموكل عزل الوكيل عن الوكالة متى شاء لانها حقه فيملك ابطالها الا اذا تعلق بها حق الغير بان وكله
بالخصومة بالتماس من الطالب عند غيبة المطلوب فان الموكل لا يملك عزله في هذه الحالة لانه انما خلى سبيله اعتمادا
على انه يتمكن من اثبات حقه متى شاء فلو جاز عزله لتضرر به الطالب عند اختفاء المطلوب لما فيه من ابطال حقه
فصار كالوكالة المشروطة ببيع الرهن بخلاف ما اذا كان المطلوب حاضرا او كانت الوكالة من غير التماس الطالب او كانت
من جهته لتمكنه من الخصومة مع المطلوب في الوجه الاول ولعدم تعلق حقه بالوكالة في الوجه الثاني اذ هو لم يطلب
وفي الوجه الثالث العزل الى الطالب وهو صاحب الحق فله ان يعزله ويباشر الخصومة بنفسه وله ان يترك الخصومة
بالكلية وعلى هذا قال بعض المشايخ اذا وكل الزوج وكيلا بطلاق زوجته بالتماسها ثم غاب لا يملك عزله وليس
بشيء بل يملك عزله في الصحيح لان المراة لا حق لها في الطلاق وعلى هذا قالوا لو قال الموكل للوكيل كلما عزلتك فانت وكيلي
لا يملك عزله لانه كلما عزله تجددت الوكالة له وقيل ينعزل بقوله كلما وكلتك فانت معزول وقال صاحب النهاية
عندي انه يملك عزله بان يقول عزلتك عن جميع الوكالات فينصرف ذلك الى المعلق والمنفذ لانا لو لم نجوز ذلك لادى
الى تغيير حكم الشرع بجعل الوكالة من العقود اللازمة وكلاهما ليس بشيء لان في الاول عزله وتوكيله من غير فصل بينهما
دائما الى نهاية وليس فيه وكالة تنفع ولا عزل ينفع وليس في الثاني ما يبطل الوكالة المعلقة لان عزله لا يتناول
الا الموجودة اذ لا يتصور عزل الوكيل قبل الوكالة كما لا يتصور عزل السلطان او القاضي قبل التولية ولكن الصحيح
اذا اراد عزله واراد ان لا تنعقد الوكالة بعد العزل ان يقول رجعت عن المعلقة وعزلتك عن المنجزة لان ما لا يكون
لازما يصح الرجوع عنه والوكالة منه قال رحمه الله وتبطل الوكالة بالعزل اذا علم به الوكيل وقال الشافعي رحمه الله
ينعزل بعزله وان لم يبلغه العزل لانه بالعزل يسقط حق نفسه وجواز الوكالة حقه والمرء ينفرد باسقاط حق نفسه
كالطلاق والعتاق وكالعزل الحكمي مثل الموت والجنون ولنا ان العزل خطاب ملزم مقصود وحكم الخطاب لا يثبت
في حق المخاطب ما لم يبلغه كخطاب الشرع حتى اذا بدل بالنسخ لا يثبت حكم النسخ حتى يبلغ المكلف ولان في العزل
اضرارا به لانه قد يتصرف بعد العزل قبل ان يبلغه فيلزمه الضمان بدل الاداء والضرر مدفوع شرعا بخلاف الطلاق والعتاق

والعزل الحكمي لان العزل الحكمي فيه حكمي لضرورة عدم المحل فلا يتوقف على العلم ويستوي في ذلك الوكيل بالنكاح وغيره
والرسول ينعزل قبل العلم به حتى اذا ارسله في البيع او غيره فعزله قبل التبليغ انعزل لانه مبلغ عبارة المرسل وناقل
لها فيكون عزله رجوعا عن الايجاب ولهذا لا يحتمل القبول كما اذا كان المشتري اوجبه بنفسه بخلاف الوكيل فانه يعقد
بعبارة من عنده وان كانت الحقوق لا ترجع اليه بان كان سفيرا او معبرا كما في النكاح وامثاله وليس بناقل عبارة المرسل
فلا يعتبر التوكيل فيه ايجابا وانما الايجاب من الوكيل فلا ينعزل حتى يبلغه لانه صار اصيلا في حق العبارة وان لم
يكن اصيلا في حق الحقوق والرسول ليس باصيل في شيء فافترقا وقد ذكرنا اشتراط العدد او العدالة في المبلغ غير
مرة فلا نعيده وكذا لو عزل الوكيل نفسه عن الوكالة لا يصح من غير علم الموكل ولا يخرج به عن الوكالة حتى لو جحد الوكيل
الوكالة فقال لم اوكله لم يكن ذلك عزلا قال رحمه الله وبموت احدهما وان لم يعلم وجنونه مطبقا ولحوقه مرتدا
يعني تبطل بهذه الاشياء ايضا لان الوكالة عقد جائز غير لازم فكان لبقائه حكم الابتداء فيشترط لقيام الامر في كل ساعة
ما يشترط للابتداء وشرطه في الجنون ان يكون مطبقا اي مستوعبا من قولهم اطبق الغيم السماء اي استوعبها لان كثيره
كالموت وقليله كالاغماء وحد المطبق شهر عند ابي يوسف لانه يسقط به الصوم وعنه اكثر من يوم وليلة لانه يسقط
به الصلوات وعند محمد حول كامل وهو الصحيح لانه يسقط به جميع العبادات حتى الزكاة لان استمراره حولا مع
اختلاف فصوله اية استحكامه اما ما دون الحول فلا يمنع وجوب الزكاة فلا يكون في معنى الموت والمراد بلحاقه
بدار الحرب مرتدا ان يحكم الحاكم بلحاقه لان لحاقه لا يثبت الا بحكم الحاكم فاذا حكم به بطلت الوكالة بالاجماع واما قبل
ذلك فموقوفة عند ابي حنيفة رحمه الله لان تصرفاته موقوفة عنده فكذا الوكالة فان اسلم نفذت وان قتل او لحق
بدار الحرب بطلت واما عندهما فتصرفاته نافذة فلا تبطل وكالته هذا اذا كانت الوكالة غير لازمة وان كانت لازمة
لا تبطل بهذه العوارض كما اذا كانت الوكالة مشروطة في عقد الرهن وكذا اذا جعل امر امراته بيدها لم يخرج الزوج
لا يبطل امرها لانه قد ملكها التصرف فصار كتمليك العين وان كانت الوكالة بالنكاح تبطل بالردة لانه بالردة خرج
من ان يكون مالكا للنكاح بنفسه فتبطل الوكالة به ايضا ثم لا تعود بالاسلام ذكره في النهاية وعزاه الى المبسوط ولا تبطل
وكالة المراة بارتدادها ما لم تلحق بدار الحرب ويحكم الحاكم بلحاقها وكذا يجوز توكيلها بعد ارتدادها ايضا لانها
تبقى بعد الردة مالكة للتصرف بنفسها وردتها لا تؤثر في عقودها الا اذا وكلته بالتزويج ثم ارتدت والعياذ بالله
فان ذلك باطل لانها لا تملك ان تتزوج بنفسها فكذا لا يزوجها وكيلها ولو وكلت وكيلا في حال ردتها فزوجها
بعد ما اسلمت صح كالمعتدة اذا وكلت بان يزوجها فزوجها بعد انقضاء عدتها بخلاف ما اذا وكلته قبل الارتداد
ثم ارتدت واسلمت حيث لا يجوز ان يزوجها لان ارتدادها اخراج له عن الوكالة فصار معزولا من جهتها ولا تعود
الوكالة بعد العزل وان عاد المرتد مسلما بعد اللحاق بدار الحرب فان كان الوكيل فهو على وكالته عند محمد ولا يعود
وكيلا عند ابي يوسف لان قضاء القاضي بلحاقه بمنزلة موته ولهذا لا يعود ملكه في مدبريه وامهات اولاده ويعتقون
به كما يعتقون بالموت وهذا لان التوكيل اثبات ولاية التنفيذ لان اصل التصرف يملكه باهليته وولاية التنفيذ
بالملك وباللحاق لحق بالاموات فلا ملك ولا اهلية له وجه قول محمد رحمه الله ان الوكيل يتصرف بمعان قائمة به والعجز
بعارض اللحاق لتباين الدارين والتوكيل اطلاق فاذا زال العجز والاطلاق باق عاد وكيلا لبقاء تلك المعاني
وهو العقل والقصد في ذلك التصرف والذمة صالحة وهذا لان صحة الوكالة لحق الموكل وحقه باق بعد
لحاقه بدار الحرب وانما عجز عن التصرف بعارض على شرف الزوال فلا ينعزل به عن الوكالة فاذا زال صار كان لم يكن
فبقي الوكيل على وكالته بمنزلة ما لو اغمي عليه او نام ثم افاق وان كان العائد مسلما هو الموكل لا تعود الوكالة في الظاهر
وعن محمد رحمه الله انها تعود كما قال في الوكيل لانه اذا عاد عاد ملكه عليه مثل ما كان وقد تعلقت الوكالة بقديم
ملكه فيعود الوكيل على وكالته والفرق له على الظاهر ان الوكالة تعلقت بملك الموكل وقد زال ملكه بردته ولحاقه
فبطلت الوكالة على البتات بخلاف ردة الوكيل فان ملك الموكل باق على حاله وقد تعلقت الوكالة به وانما انقطع

لتصرفه لعجزه وقد زال فتعود الوكالة كما كانت قال رحمه الله وافتراق الشريكين اي تبطل الوكالة بافتراق الشريكين
وان لم يعلم الوكيل به لانه عزل حكمي والعزل الحكمي لا يشترط فيه العلم ثم هذا الكلام يحتمل وجهين احدهما ان ينعزل
كل واحد منهما عن الوكالة التي تضمنها عقد الشركة لان كل واحد منهما وكيل عن صاحبه بالتصرف فينعزل بالافتراق
عن هذه الوكالة التي تضمنها عقد الشركة لانها كانت ثابتة في ضمن الشركة فتبطل ببطلانها اذا لم يكن مصرحا بها
وفيه اشكال من حيث انه لا يصح ان ينفرد احدهما بفسخ الشركة بدون علم صاحبه بل يتوقف على علمه لانه عزل
قصدي فكيف يتصور ان ينعزل بدون علمه ويمكن ان يحمل على ما اذا هلك المالان او احدهما قبل الشراء فان الشركة
تبطل به وتبطل الوكالة التي كانت في ضمنها علما بذلك او لم يعلما لانه عزل حكمي اذا لم تكن الوكالة مصرحا بها
عند عقد الشركة على ما بيناه في كتاب الوكالة والثاني ان احد الشريكين او كليهما وكل من يتصرف في المال جاز
على ما عرف فلو افترقا انعزل هذا الوكيل في حق غير الموكل منهما اذا لم يصرحا بالاذن في التوكيل قال رحمه الله وعجز موكله
لو مكاتبا وحجره لو ماذونا معناه لو كان الموكل مكاتبا او عبدا ماذونا له في التجارة ينعزل الوكيل بعجز المكاتب
وحجر العبد علم بذلك او لم يعلم لان بقاء الوكالة معتبر بابتدائها لكونها غير لازمة لان العقود التي لا تلزم
لبقائها حكم الابتداء فيشترط في حالة البقاء قيام الامر كما في الابتداء وقد بطل بالعجز والحجر فتبطل الوكالة
ويستوي فيه علم الوكيل وجهله لان البطلان حكمي كما اذا تصرف الموكل في الشيء الذي وكل به هذا اذا كان
وكيلا في العقود والخصومات واما الوكيل في قضاء الدين واقتضائه فلا ينعزل بعجز المكاتب ولا بحجر الماذون
له لان العجز او الحجر لا يوجب الحجر عليه من قضاء الدين واقتضائه فكذا لا يوجب عزل وكيله عن ذلك فان كاتب
بعد ذلك او اذن للمحجور عليه لم تعد الوكالة التي بطلت لان صحتها كانت باعتبار ملك الموكل والتصرف عند
التوكيل وقد زال ذلك بالعجز والحجر بعد الوكالة فلم تعد بالكتابة الثانية والاذن الثاني ولو عزل المولى
وكيل العبد الماذون له لا ينعزل لان ذلك حجر خاص والاذن في التجارة لا يكون الا عاما فكان باطلا الا ترى ان المولى
لا يملك نهيه عن ذلك مع بقاء الاذن فكذا لا ينفذ فعله الحكمي فيه قال رحمه الله وتصرفه بنفسه اي تبطل الوكالة
بتصرف الموكل بنفسه فيما وكله به لفوات المحل والمراد بتصرفه ما يعجز الوكيل عن الامتثال به مثل ان يوكله ببيع عبد
ثم يبيعه الموكل بنفسه او يدبره او يكاتبه وان لم يعجز عن الامتثال فالوكالة باقية على حالها وهذا اصله حتى
لو وكله بطلاق امراته فطلقها هو ثلاثا او واحدة فانقضت عدتها بطلت الوكالة لعجزه عن الامتثال ولو تزوجها
بعد ذلك ليس للوكيل ان يطلقها لتحقق عجز الموكل عن الايقاع بانقضاء العدة فكذا الوكيل وانما يتمكن من الايقاع
بعده بسبب جديد ولم يحصل ذلك للوكيل ولو طلقها واحدة ولم تنقض عدتها فللوكيل ان يطلقها اخرى لبقاء
المحل ولو وكله بتزويج امراة فتزوجها بنفسه ثم طلقها ليس للوكيل ان يزوجه اياها لان الحاجة قد انقضت
بخلاف ما اذا تزوجها الوكيل بنفسه ثم ابانها حيث يجوز له ان يزوجها من الموكل لبقاء الحاجة ولو وكله بطلاق
امراته ثم ارتد الزوج فطلاق الوكيل يقع عليها ما دامت في العدة لبقاء تمكن الزوج من الايقاع وان لحق بدار
الحرب فذلك بمنزلة موته ولو وكله بالخلع ثم خلعها الزوج بنفسه خرج الوكيل عن الوكالة لان الخلع بعد الخلع
لا يصح فتعذر التصرف على الوكيل بخلاف ما اذا وكله ان يطلقها ثم خالعها الزوج حيث يقع عليها طلاق الوكيل ما دامت
في العدة لان طلاق الزوج يقع عليها في هذه الحالة فيبقى الوكيل على وكالته والاصل فيه ان ما كان الموكل فيه
قادرا على الايقاع كان الوكيل قادرا على الايقاع فتبقى الوكالة على حالها والا فلا ولو وكله ببيع شيء فباعه الموكل
ثم رد عليه بما يكون فسخا بخيار رؤية او خيار شرط او عيب بقضاء او لفساد بيع فالوكيل باق على وكالته لان ملكه
القديم قد عاد اليه بالفسخ فتعود الوكالة وان رد عليه بما لا يكون فسخا كالرد بعيب بغير قضاء او اقالة لا تعود الوكالة
لانه بيع في حق ثالث والوكيل ثالثهما والوكالة تعلقت بالملك الاول وهذا ملك جديد بخلاف ما اذا رد عليه
بما يكون فسخا ولو باعه الوكيل ثم رد عليه بما يكون فسخا فله ان يبيعه ثانيا كما اذا كان البايع هو الموكل ثم رد عليه بسبب

ولو وكله بهبة شيء فوهبه المالك ثم رجع بالهبة فليس للوكيل ان يهبه لان الواهب مختار في الرجوع فكان ذلك
دليل عدم حاجة الواهب الى الهبة ولو وهبه الوكيل ورجع الموكل في هبته لم يكن للوكيل ان يهبه ثانيا لما ذكرنا قال
محمد رحمه الله لا تشبه الهبة البيع لان الوكالة بالبيع لا تنقضي بمباشرة البيع لان الوكيل بالبيع بعد ما باع يتولى حقوق
العقد ويتصرف فيها بحكم الوكالة فاذا فسخ البيع والوكالة قائمة جاز له ان يبيع ثانيا بحكمها اما الوكالة بالهبة
تنقضي بمباشرة الهبة حتى لا يملك الوكيل الواهب الرجوع ولا يصح تسليمه فاذا رجع في هبته فقد عاد اليه العقد
لا هبة ولا وكالة فلا يتمكن الوكيل من الهبة ثانيا ولو وكله ببيع عبده فاسره العدو وادخلوه في دارهم ثم رجع
الى الموكل بملك جديد بان اشتراه منهم لم تعد الوكالة ولو اخذه من المشتري منهم بالثمن او بالقيمة ممن وقع في سهمه
من الغانمين فهو على الوكالة لانه بالاخذ بهذا الطريق عاد الى قديم ملكه وقد كانت الوكالة متعلقة فاذا عاد عاد
الوكالة ولو وكله باعتاق امته فاعتقها الموكل ثم ارتدت والعياذ بالله ولحقت بدار الحرب ثم سبيت وملكها
لا تعود الوكالة لانه ملك جديد بغير الاول لسبب جديد ولو وكله بان يزوجه امراة معينة وهي ذات زوج فما
زوجها او طلقها وانقضت عدتها جاز للوكيل ان يزوجها من الموكل لان هذه وكالة مضافة لانعدام المحل وقت
التوكيل وهي جائزة ولو وكله ان يزوجه امراة معينة فارتدت والعياذ بالله ثم اسرت واسلمت جاز للوكيل ان يزوجه
اياها عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما بناء على ان تسمية المراة مطلقا ينصرف الى الحرة عندهما ولا ينصرف عنده بل له
ان يزوجه الامة ولو وكله بالبيع ثم رهنه الموكل او آجره فسلم فالوكيل على وكالته في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف
رحمه الله انه يخرج عن الوكالة

كتاب الدعوى

قال رحمه الله هي اضافة الشيء الى نفسه حالة
المنازعة اي الدعوى ان يدعو الشيء الى نفسه في حالة الخصومة وهذا في الشريعة ولهذا قال عليه السلام
البينة على المدعي واليمين على من انكر لان كل واحد من البينة واليمين يحتاج اليه عند اضافة الشيء الى نفسه
اذا كان فيه منازع وهي في اللغة عبارة عن اضافة الشيء الى نفسه مطلقا من غير تقييد بمنازعة او
مسالمة ماخوذ من قولهم ادعى فلان شيئا اذا اضافه الى نفسه اذا قال لي ومنه دعوة النسب بالكسر
والدعوة بالفتح في المادبة وقيل الدعوى في اللغة قول يقصد به الانسان ايجاب الشيء على الغير الا ان
اسم المدعي يتناول من لا حجة له في العرف ولا يتناول من له حجة فان القاضي يسميه مدعيا قبل اقامة
البينة وبعدها يسميه محقا لا مدعيا ويقال مسيلمة الكذاب لعنه الله مدعي النبوة لانه عجز عن
اثباتها ولا يقال لرسول الله صلى الله عليه وسلم مدعي النبوة لانه قد اثبتها بالمعجزة والدعوى اسم
وليس بمصدر والفعل ادعى افتعل والمصدر ادعاء افتعال والف دعوى للتانيث فلا تنون وجمعها
دعاوى بفتح الواو لا غير كفتوى وفتاوى واسم الفاعل مدع والمفعول مدعى عليه والمال مدعى
والمدعى به خطاء ثم شرط جواز الدعوى ان تكون في مجلس القاضي ولا تكون في غير مجلسه حتى لا
يستحق على المدعى عليه جوابه وان يكون الخصم حاضرا حتى لو ادعى على غايب لا يجاب وان يكون المدعى
شيئا معلوما يمكن اثباته بالبينة ويتمكن القاضي من الحكم حتى لا يجب الجواب على المدعى عليه اذا كان
المدعى مجهولا وحكمها وجوب الجواب على الخصم اذا صحت ويترتب على صحتها وجوب احضار الخصم
والمطالبة بالجواب بلا او بنعم واقامة البينة او اليمين اذا انكر قال رحمه الله والمدعي من اذا ترك ترك
والمدعى عليه بخلافه اي لا يترك اذا ترك بل يجبر وهذه المعرفة الفرق بينهما وهي من اهم ما ينبني عليه
مسائل الدعوى وقد اختلفت عبارات المشايخ في حده فمنها ما ذكرها هنا وهو حد صحيح لكونه جامعا
للمحدود ومانعا من دخول غيره فيه وقيل المدعي من لا يستحق الا بحجة كالخارج والمدعى عليه من يستحق بقوله
من غير حجة كصاحب اليد وقيل المدعي من يلتمس غير الظاهر والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر وقيل
المدعي من يشتمل كلامه على الاثبات فلا يصير خصما بالتكلم في النفي فان الخارج لو قال لذي اليد هذا

الشيء ليس لك لا يكون خصما ومدعيا ما لم يقل هو لي والمدعى عليه من يشتمل كلامه على النفي فيكتفي به منه
فان ذا اليد لو قال ليس هذا لك كان خصما بهذا القدر وقوله هو لي فضلة في الكلام غير محتاج اليه
وقيل كل من شهد بما في يد غيره لنفسه فهو مدع وكل من شهد بما في يد نفسه لنفسه فهو منكر ومدعى
عليه وكل من شهد بما في يد نفسه لغيره فهو مقر وقال محمد رحمه الله في الاصل المدعى عليه هو المنكر والآخر
هو المدعي وهذا صحيح غير ان التمييز بينهما يحتاج الى فقه وحدة ذكاء اذ العبرة للمعنى دون الصورة
فانه قد يوجد الكلام من شخص في صورة الدعوى وهو انكار في المعنى كالمودع اذا ادعى رد الوديعة
فانه مدع للرد صورة وهو منكر للوجوب معنى فيحلف انه لا يلزمه رده ولا ضمانه ولا يحلف على
انه ردها لان اليمين تكون على النفي ليتحقق الانكار لانه ينكر الوجوب عليه والاصل براءة الذمة
فكان القول له ولا يرد على هذا المديون اذا ادعى قضاء الدين او ابراء الطالب فان القول للطالب مع انه
يدعي شغل ذمته والمديون البراءة لانا نقول لما اتفقا على وجوب الدين صار الشغل هو الاصل والمديون
بدعواه الايفاء والابراء صار مدعيا خلاف الاصل والطالب ينكر فكان القول له او نقول ان المودع امين
فيكون القول له في موضع الامانة موضعها كما في القاضي وامينه وكالمطلقة اذا ادعت انقضاء العدة او ابقاءها
قال رحمه الله ولا تصح الدعوى حتى يذكر شيئا علم جنسه وقدره لان فايدتها الالزام بواسطة الاشهاد
ولا يتحقق الاشهاد ولا الالزام في المجهول فلا تصح ولا يجب الجواب على الخصم فاذا بين جنسها ونوعها
وصفتها وقدرها وسبب وجوبها صحت الدعوى فيترتب عليها احكامها من وجوب الاحضار والحضور
والمطالبة بالجواب ووجوب الجواب واليمين واقامة البينة ولزوم احضار الشيء المدعى ان لم يكن دينا
ولا يتعلق بالدعوى المجهولة شيء من ذلك لفسادها وانما وجب اذا صحت لقوله تعالى واذا دعوا الى الله ورسوله
ليحكم بينهم اذا فريق منهم معرضون الحق الوعيد بمن امتنع عن الحضور بعد ما طولب به فدل ذلك على ان
الحضور مستحق عليه قال رحمه الله فان كان عينا في يد المدعى عليه كلف احضارها ليشير اليها بالدعوى وكذا في
الشهادة والاستحلاف لان الاعلام باقصى ما يمكن شرط وذلك بالاشارة بعد الاحضار فيما يمكن احضاره
من المنقول وان لم يمكن كالرحى حضر الحاكم او بعث امينه قال رحمه الله وان تعذر ذكر قيمتها اي ان تعذر احضار
المنقولات بان كانت هالكة او غايبة ذكر قيمتها لان عين المدعى لا يمكن ضبطه بالوصف ويمكن بالقيمة فوجب
المصير اليها لو تباهي المدعاة في هذه الحالة لصيرورته تهاديا في الذمة وقال ابو الليث يشترط مع ذلك
في الحيوان ذكر الذكورة والانوثة وان لم يبين القيمة فقال غصب مني عينا كذا ولا ادري انه هالك او قايم
ولا ادري كم كانت قيمته قال في الكافي ذكر في عامة الكتب انه تسمع دعواه لان الانسان ربما لا يعرف قيمة
ماله فلو كلف بيان القيمة لتضرر به وعزاه الى القاضي فخر الدين والى صاحب الذخيرة فاذا سقط بيان
القيمة عن المدعي سقط عن الشهود ايضا بل اولى لانهم ابعد عن ممارسته قال رحمه الله وان ادعى عقارا ذكر
حدوده لانه تعذر تعريفه بالاشارة لتعذر نقله الى مجلس الحكم فتعين التحديد اذ العقار يعرف به
قال رحمه الله وكفت ثلاثة اي كفى ثلاثة من الحدود وقال زفر رحمه الله لا يكفي ولا بد من ذكر الحدود الاربعة
لان التعريف لم يتم بذكر الثلاثة كما لا يتم بذكر الاثنين ولنا ان للاكثر حكم الكل بخلاف ما اذا غلط
في الرابعة لانه يختلف به المدعى ولا كذلك تركها ونظيره اذا ادعى شراء شيء بثمن منقود فان الشهادة تقبل
وان سكتوا عن بيان جنس الثمن ولو ذكروا ذلك واختلفوا فيه لم تقبل وكما يشترط ذكر الحدود في الدعوى
يشترط في الشهادة ايضا لانه بها يصير معلوما للقاضي قال رحمه الله واسماء اصحابها اي ذكر اسماء اصحاب
الحدود لان التعريف يحصل بذلك وذكر النسب ليتميزوا عن غيرهم قال رحمه الله ولا بد من ذكر الجد ان لم يكن
مشهورا اي لا بد من ذكر جد كل واحد من اصحاب الحدود ان لم يكن الرجل مشهورا بين الناس وهذا عند ابي حنيفة

قال الشاعر
وقلت لرب خصم قد تمالوا
علي فما جزعت ولا دعوت

رحمه الله تعالى

وعند بعض المشايخ يكفي تصديق المدعى عليه انها في يده ولا يحتاج الى اقامة البينة لانه اذا كان في يده واقر بذلك فالمدعي يأخذ منه بعد اقامة البينة
او بعدما اقر المدعى عليه بملكيته او نكل عن اليمين وان لم يكن في يده لا يكون للمدعي ولاية الاخذ لان بينته قامت على غير خصم لان الخصم هو الثالث الذي هو
ذو اليد فعلم ان تهمة المواضعة مدفوعة وايضا اذا كانت هذه التهمة ثابتة هاهنا ففي صورة اقامة البينة على ثبوت يده ايضا ثابتة فان الدار
اذا كانت في يد رجل امانة فتواضع المدعي وذو اليد على ان لا يقول هي امانة فيقيم المدعي حجة على انها في يد المدعى عليه ثم يقيم حجة على انها ملك لنفسه
فيقضي القاضي ويأخذ المدعي الدار فكيف تدفع هذه التهمة هذا حاصل ما ذكر في الهداية ويمكن ان يقال انما صحح صاحب الهداية هذه الرواية بناء
على ان القضاء ينفذ ظاهرا وباطنا عند ابي حنيفة ولا يبطل بظهور الخطأ فاحتاط بقدر الامكان حتى لا يقع قضاؤه على غير المدعى عليه واما غيرهم في صورة
اقامة البينة ثابتة ايضا يمكن
ان يقال لا نسلم ان المراد من البينة
ان تقوم على ان بيد هذا الرجل يد
تصرف او يد امانة فحينئذ لا تتمكن
تهمة المواضعة الا ترى ان المص
كيف عطف على البينة قوله او علم القا
فلو شك ان المراد بعلم القاضي ان يعلم
ان اليد يد تصرف او يد امانة وكذا
البينة ينبغي ان تقوم كذلك فاحفظ
هذا البحث فانه مزلة الاقدام
مستخلص

لان تمام التعريف يحصل به في الصحيح من مذهبه وقد ذكرناه غير مرة وان كان الرجل مشهورا يكتفى بذكره
لحصول المقصود به. قال رحمه الله: وانه في يده اي وذكر ان العقار في يده لان المدعى عليه لا يكون خصما الا اذا
كان العقار في يده فلا بد من اثباته. قال رحمه الله: ولا تثبت اليد في العقار بتصادقهما بل ببينة او علم القاضي
بخلاف المنقول اي لا تثبت اليد فيه بتصادق المدعي والمدعى عليه ان العقار في يد المدعى عليه لان اليد
فيه غير مشاهدة ولعله في يد غيرهما تواضعا فيه ليكون لهما ذريعة الى اخذه بحكم الحاكم فلا بد من اقامة
البينة فيه او علم القاضي لتنتفي تهمة المواضعة بخلاف المنقول لان اليد فيه معاينة فلا حاجة الى
اشتراط الزيادة. قال رحمه الله: وانه يطالبه به اي ذكر القاضي انه يطالبه بالشيء المدعى لان القاضي لا يعلم
لماذا ذكر حقه عنده فيذكره انه طالب تبين له فلا بد من البينة عليه لانه لو لم ينص على الطلب يحسب القاضي
انه انما ذكر له على سبيل الحكاية فيزيل ذلك الوهم بالنص على الطلب ولان القاضي لا يجب عليه ان يجيبه
لاحتمال ما ذكرنا الا اذا طلب لانه نصب لقطع الخصومات لا لانشائها فاذا ابتنى طلبه اجابه والا فلا
لاحتمال ان يكون عنده برهن او وديعة او اجارة ونحو ذلك فلا يزول الاحتمال بدون طلبه ولهذا قالوا
يجب في المنقول ان يقول هو في يده بغير حق. قال رحمه الله: وان كان دينا ذكر وصفه وانه يطالبه به لما ذكرنا ولا بد
من بيانه على وجه لا يبقى فيه خفاء وكذا في الشهادة وقد بيناه من قبل. قال رحمه الله: فان صحت الدعوى سال
المدعى عليه عنها اي عن الدعوى لينكشف له وجه القضاء لانه ثبت حقه لان القضاء بالبينة يخالف القضاء
بالاقرار وهذا لان الاقرار حجة ملزمة بنفسه ولا يحتاج فيه الى القضاء واطلاق اسم القضاء فيه مجاز وانما
هو امر بالخروج عما لزمه بالاقرار بخلاف البينة فانها ليست بحجة الا اذا اتصل بها القضاء فيسقط احتمال
الكذب بالقضاء في حق العمل فيصير حجة يجب العمل به كسائر الحجج الشرعية. قال رحمه الله: فان اقر او انكر فبرهن المدعي
قضي عليه لوجود الحجة الملزمة للقضاء. قال رحمه الله: والا حلف بطلبه اي وان لم يكن للمدعي بينة حلف المدعى
عليه اذا طلب المدعي يمينه لانه عليه السلام قال للمدعي الك بينة فقال لا فقال عليه السلام لك يمينه فقال
يحلف ولا يبالي فقال عليه السلام ليس لك الا هذا شاهداك او يمينه فصار اليمين حقا له لاضافته اليه بلام التمليك
وانما صار حقا له لان المنكر قصد اتواء حقه على زعمه بالانكار فمكنه الشارع من اتواء نفسه باليمين الكاذبة
وهي الغموس ان كان كاذبا كما يزعم وهو اعظم من اتواء المال ويحصل للحالف الثواب بذكر اسم الله تعالى وهو
صادق على وجه التعظيم. قال رحمه الله: ولا ترد يمين على مدع لقوله عليه السلام لو اعطي الناس بدعواهم لادعى ناس
دماء رجال واموالهم لكن اليمين على المدعى عليه رواه مسلم واحمد جعل جنس اليمين على المنكر لان الالف
واللام للاستغراق وليس وراءه شيء اخر حتى يكون على المدعي ونظيره قوله عليه السلام الائمة من قريش وقوله عليه السلام
البينة على المدعي واليمين على من انكر قسم بينهما والقسمة تنافي الشركة وفيه الالف واللام ايضا تدل على
ما تقدم فيفيد استغراق البينة واليمين ولهذا لا تقبل بينة ذي اليد ولا يقال انما يصح الاستدلال
بهذا الحديث على ما ذكرتم ان لو كان المنكر هو المدعى عليه والخارج هو المدعي وليس كذلك بل كل واحد منهما
مدع ومنكر لانه يقول هو لي ويقول لصاحبه ليس لك لانا نقول المعتبر فيه المقصود ومقصود الخارج
اثبات الملك لنفسه والنفي يدخل ضمنا وتبعا ومقصود ذي اليد نفيه ولهذا يقول الخارج اولا ما يتحقق
هو لي ويقول ذو اليد ليس لك فالاول هو المعتبر فسمي كل واحد منهما باول ما يصدر منهما اعتبارا للقصدي
دون الضمني وقال الشافعي رحمه الله اذا لم يكن للمدعي بينة يحلف المدعى عليه فاذا نكل ترد اليمين على المدعي
فان حلف قضي له وان نكل لا يقضى له لان الظاهر صار شاهدا للمدعي بنكوله فتعتبر يمينه كالمدعى عليه لما
كان الظاهر شاهدا له اعتبر يمينه وقال ايضا اذا اقام المدعي شاهدا واحدا وعجز عن الاخر يحلف المدعي
ويقضى له لما روي انه عليه السلام قضى بشاهد ويمين وروي انه عليه السلام قضى باليمين مع الشاهد ولنا ما

رويناه

يعني لو ادعى خارج دارا او منقولا ملكا مطلقا وذو اليد ادعاه كذلك
وبرهنا ولم يؤرخا او ارخا تاريخا واحدا لا تقبل بينة ذي اليد
ويقضي للخارج الا اذا كان تاريخ ذي اليد اسبق فحينئذ يقضى
لذي اليد والمراد بالمطلق ان يدعي ان هذا ملكي وسكت
عن السبب اما لو ادعى ذو اليد النتاج او ادعى تلقي
من واحد وادعيا تاريخا او ارخا واحدا
وتاريخ ذي اليد اسبق فان في هذه الفصول بينة ذي اليد
تقبل مسكين

رويناه وما رواه ضعيف رده يحيى بن معين فلا يعارض ما رويناه ولانه يرويه ربيعة عن سهيل بن ابي
صالح وانكره سهيل فلا يبقى حجة بعد ما انكره الراوي فضلا ان يكون معارضا للمشاهير ولانه يحتمل ان
يكون معناه قضى تارة بشاهد يعني بجنسه وتارة بيمين فلا دلالة فيه على الجمع بينهما وهذا كما يقال
ركب زيد الفرس والبغل والمراد على التعاقب ولئن سلم انه يقتضي الجمع فليس فيه دلالة على انه يمين
المدعي بل يجوز ان يكون المراد به يمين المدعى عليه ونحن نقول به لان الشاهد الواحد لا يعتبر فوجوده
كعدمه فيرجع الى يمين المنكر عملا بالمشاهير. قال رحمه الله: والبينة لذي اليد في الملك المطلق وبينة الخارج احق
اي لا تقبل بينة ذي اليد في الملك المطلق وان اقاما بينة فبينة الخارج اولى وقال الشافعي رحمه الله بينة
ذي اليد اولى من بينة الخارج لتاكدها باليد فصار كما اذا اقاما البينة على النتاج او على نكاح امراة
والمراة في يد احدهما فانه يكون اولى وكما اذا ادعيا امة وادعى كل واحد منهما انها امته دبرها او اعتقها
او استولدها واقاما بينة كانت بينة صاحب اليد اولى ولنا ان البينات شرعت للاثبات لانها وان
كانت في الحقيقة مبينة مظهرة لكنها اخذت حكم الاثبات لما انه لا علم لنا به اذ الاحكام تثبت باسبابها
فصارت كالعلل الشرعية فانها امارات في حق الشارع وفي حقنا لها حكم الاثبات ولهذا اوجب الضمان على الشهود
عند الرجوع لان الحكم يحال الى شهادتهم ايجابا فاذا كان كذلك كان بينته اكثر اثباتا لانه ببينته يستحق
على ذي اليد الملك الثابت بظاهر يده وذو اليد لا يستحق على الخارج ببينته شيئا لانه لا ملك للخارج قبل
القضاء بوجه ما وقد دل ما اثبته بينة صاحب اليد كان ثابتا بظاهر يده الا ترى ان من راى شيئا في يد انسان
جاز له ان يشهد بانه له واذا نازعه احد في الملك بغير بينة دفع القاضي عنه ولم يثبت ببينته شيئا لم يكن
واما بينة الخارج فانها اثبتت شيئا لم يكن ثابتا فكانت اولى اذ البينات للاثبات بخلاف مسئلة النتاج فان بينة
صاحب اليد فيه متضمنة لدفع بينة الخارج لانها تقوم على اولية الملك واولية الملك لا تثبت الا لاحدهما
فاذا قدرنا ثبوتها لصاحب اليد كانت بينته متضمنة دفع بينة الخارج فوجد التعارض بين البينتين
فترجحت بينة صاحب اليد باليد وفي الملك المطلق لم يوجد التعارض لان بينة الخارج لم تثبت الملك قبل القضاء
حتى تعارضها بينة ذي اليد بالدفع والترجيح انما يكون عند التعارض ويتصور فيه ايضا ان يثبت الملك
لهما على التعاقب فلم يكن في بينته ما يدفع بينة الخارج فلا تقبل وبخلاف التدبير والاعتاق والاستيلاد
لان اليد لا تدل على هذه الاشياء فكان كل واحد من البينتين مثبتا فتعارضا فترجحت بينة صاحب اليد باليد
وبخلاف دعوى النكاح لانها دعوى سبب الملك ايضا فصارت كالنتاج في جميع ما ذكرنا وكلامنا في دعوى الملك
المطلق لا في الملك بسبب لان فيه ذا اليد اولى بالاتفاق اذا كان سببا لا يتكرر في الملك على ما يجيء بيانه في موضعه
ولا يقال النكاح لو لم يذكر سبب الملك بان ادعى كل واحد منهما انها امراته ولم يذكر السبب كان الحكم كذلك
فبطل ما ذكرتم لانا نقول السبب فيه متعين اذ لا طريق لهذا الملك الا به فيكون دعوى الملك فيه دعوى السبب
الا ترى انهما لو اختلفا في ولاء شخص واقاما البينة كانت بينة ذي اليد اولى لتعين سببه وهو العتق
في ملكه ولا كذلك ما نحن فيه ولان الخارج هو المدعي والبينة بينة المدعي بالنص على ما بيناه وجهه من
الاستغراق فلا تقبل بينة ذي اليد ما لم يكن مدعيا بدعوى السبب. قال رحمه الله: وقضي له ان نكل مرة بلا احلف
او سكت اي قضي للمدعي ان نكل المدعى عليه مرة صريحا بقوله لا احلف او دلالة بسكوته ويجوز ان تكون اللام
في قوله وقضي له اي قضي على المدعى عليه واللام تاتي بمعنى على قال الله تعالى ان احسنتم احسنتم لانفسكم وان
اساتم فلها اي فعليها وقال الشافعي رحمه الله لا يقضى بنكوله بل ترد اليمين على المدعي اذا نكل المدعى عليه فان حلف
يقضى له بالمال وان نكل انقطعت المنازعة بينهما لما روي عن علي رضي الله عنه انه حلف المدعي بعد نكول
المدعى عليه ولان اليمين انما وجبت في الابتداء على المنكر لكون الظاهر يشهد له فاذا نكل هو كان الظاهر

وهو النكول الحقيقي هـ

وهو النكول الحكمي هـ اذا علم انه لم يكن من خرس او صمم في الصحيح مسكين

شاهد المدعي فيحلف ولان النكول محتمل يحتمل ان يكون لاجل اشتباه الحال او لاجل التورع عن اليمين الكاذبة
او لاجل الترفع عن اليمين الصادقة كما فعل عثمان رضي الله عنه وخاف ان يوافقه قضاء فيقال ان عثمان حلف
كاذبا فلا يكون حجة مع الاحتمال فلا يقضى به ولنا اجماع الصحابة رضي الله عنهم وروي عن علي رضي الله عنه ايضا
انه وافق اجماعهم فانه روي عن شريح ان المنكر طلب منه رد اليمين على المدعي فقال ليس لك اليه سبيل وقضى
بالنكول بين يدي علي رضي الله عنه فقال له علي قالون ومعناها بالرومية اصبت وروي عن عمر رضي الله عنه
ان امراة ادعت عنده على زوجها انه قال لها حبلك على غاربك فحلف عمر الزوج بالله ما اردت طلاقا فنكل
فقضى عليه بالفرقة وكذا روي عن ابن عباس رضي الله عنهما وهو مذهب ابي موسى الاشعري ولان النكول دل
على كونه باذلا او مقرا اذ لولا ذلك لاقدم على اليمين اداء للواجب ودفعا للضرر عن نفسه فترجحت هذه
الجهة على غيرها من الترفع والتورع والاشتباه لان الظاهر انه ياتي بالواجب فلا يترفع عن الصادقة والظاهر
من حال المسلم انه لا يكذب فلا يكون نكوله تورعا عن الكاذبة ظاهرا باعتبار حاله ولو كان لاشتباه الحال
لا ستمهل حتى ينكشف له الحال فتعين ان يكون لاجل البذل ولا وجه لرد اليمين على المدعي لما روينا من ان اليمين
على المنكر قال وعرض اليمين ثلاثا ندبا اي عرض القاضي اليمين على المدعى عليه ثلاث مرات وهو مستحب يقول
له في كل مرة اني اعرض عليك اليمين فان حلفت والا قضيت عليك بما ادعاه اعلاما له الحكم لانه موضع خفاء
لاختلاف العلماء فيه فان الشافعي رحمه الله لا يراه فاذا كرر عليه الانذار والعرض ولم يحلف حكم عليه اذ اعلم انه
لا آفة به من طرش وخرس وعن ابي يوسف ومحمد ان التكرار حتم حتى لو قضى القاضي بالنكول مرة لا ينفذ والصحيح
انه ينفذ والعرض ثلاثا مستحب وهو نظير امهال المرتد ثلاثة ايام فانه مستحب فكذا هذا مبالغة في الانذار
ولا بد ان يكون النكول في مجلس القاضي لان المعتبر يمين قاطع للخصومة ولا معتبر باليمين عند غيره في الخصومة
فلا يعتبر وهل يشترط القضاء على فور النكول فيه اختلاف ثم اذا حلف المدعى عليه فالمدعي على دعواه ولا يبطل حقه
بيمينه الا انه ليس له ان يخاصمه ما لم يقم البينة على وفق دعواه فان وجد بينة اقامها عليه وقضي له بها
وبعض القضاة من السلف كانوا لا يسمعون البينة بعد الحلف ويقولون يترجح جانب صدقه باليمين فلا تقبل
بينة المدعي بعد ذلك كما يترجح جانب صدق المدعي بالبينة حتى لا تعتبر يمين المنكر معها وهذا القول
مهجور غير ماخوذ به وليس بشيء اصلا لان عمر رضي الله عنه قبل البينة من المدعي بعد يمين المنكر وكان شريح رضي الله عنه
يقول اليمين الفاجرة احق ان ترد من البينة العادلة وهل يظهر كذب المنكر باقامة البينة والصواب انه لا
يظهر كذبه حتى لا يعاقب عقوبة شاهد الزور ولا يحنث في يمينه انه كان لفلان على فلان الف فادعى عليه فانكر
فحلف ثم اقام المدعي البينة ان عليه الفا قيل عند ابي يوسف يظهر كذبه وعند محمد لا يظهر وفي النهاية لو اصطلحا
على ان المدعي لو حلف فالمدعى عليه ضامن للمال وحلف فالصلح باطل ولا شيء على المدعى عليه قال ولا يحلف
في نكاح ورجعة وفيء واستيلاد ورق ونسب وولاء وحد ولعان قال القاضي الامام فخر الدين رحمه الله
الفتوى على انه يحلف المنكر في الاشياء الستة يعني في هذه الاشياء الستة التي عدها سوى الحد واللعان
وهو قولهما والاول قول ابي حنيفة لهما ان هذه حقوق تثبت مع الشبهات فيجري فيها الاستحلاف كالاموال
بخلاف الحدود واللعان وهذا لان فائدة الحلف ظهور الحق بالنكول والنكول اقرار لان اليمين واجب فتركه
دليل على انه باذل او مقر ولا يمكن ان يجعل باذلا لانه يجوز ممن لا يجوز البذل منه كالمكاتب والعبد الماذون
له في التجارة وكذا يجوز في الدين ولا يجوز بذله ويجب على القاضي ان يقضي بالنكول ويصح اجابه في الذمة
ابتداء ولو كان بذلا لما صح ولا وجب وكذا يجب القصاص به فيما دون النفس ويصح في الشائع فيما يقسم
ولو كان بذلا لما صح ولا وجب فتعين ان يكون نكولا والاقرار يجري في هذه الاشياء لكنه اقرار فيه شبهة الكذب
فلا يثبت به ما يسقط بالشبهات كالحدود واللعان الا ترى انها لا تثبت بالشهادة على الشهادة ولا بكتاب

القاضي الى القاضي ولا بشهادة النساء مع الرجال لما فيها من الشبهات وهذا لان نكوله يدل على انه كاذب في الانكار
ولولا ذلك لما نكل لان اليمين الصادقة فيها الثواب بذكر الله تعالى على وجه التعظيم وصيانة ماله وعرضه
بدفع تهمة الكذب عن نفسه والعاقل يميل الى مثل هذه واليمين الكاذبة فيها هلاك النفس فالظاهر انه
اعرض عنها مخافة الهلاك ومخالفة لهواه وشح نفسه وايثار الرجوع الى الحق اذ هو اولى من التمادي
على الباطل قال الله تعالى ومن يوق شح نفسه فاولئك هم المفلحون فيكون اقرارا ضرورة ولابي حنيفة رحمه الله
انه بذل واباحة وهذه الحقوق لا يجري فيها البذل والاباحة فلا يقضى بها بالنكول كالقصاص في النفس
وكالحدود واللعان وفي حمله على البذل صيانة عرضه عن الكذب فكان اولى ولهذا لا يجوز الا في مجلس القاضي
وقضائه ولو كان اقرارا لجاز مطلقا بدون القضاء وكذا لو كفل رجل لرجل بما يقر له به فلان فادعى المكفول له
على فلان دينا فاستحلفه فنكل لا يجب على الكفيل شيء ولو كان اقرارا لوجب عليه وكذا لو اشترى النصف عبد ثم
اشترى نصفه الباقي فوجد به عيبا فخاصمه في النصف الاول فاستحلفه فنكل فقضى عليه بالرد ثم اراد ان
يرد النصف الاخر يحتاج الى خصومة واستحلاف جديد اذا انكر ولو كان اقرارا لما استحلف ثانيا بل كان يلزمه
كله بالنكول الاول ولا نسلم ان اليمين واجبة مع البذل فلا يكون تاركا للواجب به وهذا لان اليمين تجب عليه
اذا طلب تحليفه لتنقطع به الخصومة ومع البذل لا خصومة ولا طلب فلا يجب وانما جاز من المكاتب والعبد
والصبي الماذون لهما لان فيه ضرورة فيدخل تحت الاذن في التجارة كما تدخل الضيافة اليسيرة والهدية
اليسيرة للضرورة اذ لا بد للتجارة من ذلك وانما جاز في الدين بناء على دعوى المدعي ومعنى البذل ترك المنع
وترك المنع جائز في المال لان امر المال هين بخلاف الاشياء الستة وانما وجب على القاضي ان يقضي بالنكول
بحكم الشرع لما ان المدعي كان له الشيء المدعى به ظاهرا [illegible] وابطله المنكر بالنزاع والشرع انطل نزاعه
الى اليمين فاذا امتنع اليمين عاد الاصل بحكم الشرع وانما صح ايجابه في الذمة ابتداء بناء على زعم المدعي انه محق
وان معنى البذل ترك المنع ولئن كان بذلا حقيقة فالمال يجب في الذمة ابتداء كالكفالة والحوالة وانما وجب
القصاص به فيما دون النفس لان فيما دون النفس يسلك به مسلك الاموال فيجري بذله اذا كان مفيدا الا ترى
انه يجوز له قطع يده المتاكلة القابلة فكذا يجوز بذله لدفع اليمين عن نفسه واي فائدة اعظم منه
ولهذا انكل عثمان رضي الله عنه عن الصادقة على ما بينا فهذا هو الجواب في قولهم في اليمين صيانة ماله وعرضه
الى اخره وانما يجوز في مشاع يحتمل القسمة لانه ليس ببذل صريحا وانما صار بذلا في المعنى على معنى انه ترك منع
وان المدعي ياخذه محقا فلا يمتنع بالشيوع ثم الدعوى في هذه المسائل تتصور من احد الخصمين ايهما كان الا
الحد واللعان والاستيلاد فانه لا يتصور ان يكون المدعي فيها الا المقذوف والمولى واختار فخر الاسلام علي
البزدوي قولهما للفتوى على ما ذكره في المختصر واختيار المتاخرين من مشايخنا على ان القاضي ينظر في حال المدعى عليه
فان راه متعنتا يحلفه اخذا بقولهما وان راه مظلوما لا يحلفه اخذا بقول ابي حنيفة وهو نظير ما اختاره شمس الائمة
في التوكيل بالخصومة بغير رضى الخصم ان راى من الخصم التعنت وقصد الاضرار بالاخر قبل بغير رضاه والا فلا
وذكر الصدر الشهيد رحمه الله ان الحدود لا يحلف فيها بالاجماع الا اذا تضمن حقا بان علق عتق عبده بالزنا
وقال ان زنيت فانت حر فادعى العبد انه قد زنى ولا بينة له عليه يستحلف المولى حتى اذا نكل ثبت العتق
دون الزنا ثم اذا لم يحلف المنكر في النسب عنده هل تقبل بينة المدعي ينظر فان كان نسبا يثبت بالاقرار تقبل
بينته وذلك مثل الوالد على الولد والولد على الوالد وان كان لا يثبت باقراره لا تقبل بينته مثل الجد وولد الولد والاعمام والاخوة
واولادهم لان فيه حمل النسب على الغير بخلاف دعوى مولى الاعلى او الاسفل حيث تقبل وان ادعى انه معتق
جده ونحو ذلك والفرق بينهما ان النسب لا يثبت فيهم الا بواسطة فيكون فيه تحميلا على الواسطة ثم
اما الولاء فلا يثبت بواسطة بل يجعل في الحكم كانه هو المعتق ولهذا لا ترث النساء الولاء ولو كان بواسطة

فان المراة لو قالت لا نكاح بيني وبينك ولكن بذلت نفسي لك لا يحل بذلها وكذا لو قال لست بابن لك ولا مولى لك ولكن ابذل نفسي لك او قال انا حر الاصل ولكن ابذل لك نفسي فاكون عبدك لا يحل بذلك اصلا بخلاف المال فانه لو قال هذا المال ليس لي ولكن ابذله لقطع الخصومة كان بذله صحيحا وهذا لان البذل اباحة يجري فيما تجري الاباحة فاذا ثبت ان البذل لا يجري في هذه الاشياء فلو حلف لا فائدة الا استحلاف القضاء بالنكول وقد ثبت ان النكول بذل كذا في المصفى
مستخلص

لئلا يظن وكذا يكون الولاء بالكبر ولو كان بطريق الارث لما كان لهما في المال وكذا لو اعتق عبدا ثم مات المولى
عن ابنين ثم مات الابنان احدهما عن ابن واحد والآخر عن عشرة ثم مات المعتق فان ماله يقسم بينهم على احد عشر سهما
يجعل كانهم اعتقوه ولو كان بطريق الارث لكان للابن الواحد النصف وللعشرة النصف نصيب ابيهم وعندهما
يثبت بالنكول اذا كان نسبا يثبت باقراره والا فلا قال ويستحلف السارق فان نكل ضمن ولم يقطع لو
لان موجب فعله شيئان الضمان وهو يجب مع الشبهة فيجب بالنكول والقطع وهو لا يجب مع الشبهة فلا يجب
بالنكول فصار نظيرها اذا ثبتت السرقة بشهادة رجل وامرأتين او بالشهادة على الشهادة او بكتاب القاضي الى القاضي
فان ضمان المال يجب بها دون القطع ويقول في الاستحلاف بالله ما له عليك هذا المال وعن محمد ان القاضي
يقول للمدعي ماذا تريد فان قال اريد القطع قال له ان الحدود لا يستحلف فيها فليس لك يمينه وان قال اريد
المال قال له دع دعوى المال قال والزوج اذا ادعت المرأة طلاقا قبل الوطي فان نكل ضمن نصف المهر
اي يستحلف الزوج اذا ادعت المرأة ذلك وهذا بالاجماع لان الاستحلاف يجري في المال بالاتفاق لا سيما اذا كان
المقصود هو المال وكذا في النكاح اذا ادعت الصداق او النفقة لانه دعوى المال ثم يثبت المال بنكوله ولا يثبت
النكاح وكذا يستحلف في النسب اذا ادعى حقا كالارث والحجر والنفقة والعتق بسبب الملك وامتناع الرجوع في
الهبة فان حلف ثبت الحق ولا يثبت النسب ان كان نسبا لا يصح الاقرار به وان كان يصح الاقرار به فعلى الخلاف
الذي ذكرنا قال وجاحد القود فان نكل في النفس حبس حتى يقر او يحلف وفيما دونه يقتص اي يستحلف
جاحد القصاص فان نكل في النفس يحبس حتى يحلف او يقر ولا يقتص منه وفيما دون النفس يقتص منه وهذا عند
ابي حنيفة وقالا يجب عليه الارش فيهما لان النكول اقرار فيه شبهة عندهما لان في امتناعه عن اليمين احتمالا
يحتمل لاجل الترفع على ما بيناه فلا يجب به العقوبة كالحدود فاذا امتنع وجوب القصاص يجب عليه الارش
بخلاف ما اذا اقام على ذلك رجلا وامرأتين حيث لا يقضى فيه بشيء وكذا بالشهادة على الشهادة فيه لا يقضى بشيء
لان القصاص يسقط فيه لمعنى من جهة من له فلا يجب شيء وفي النكول لمعنى من جهة من عليه فيصار الى الارش
ونظيره اذا اقر بالقتل خطأ والولي يدعي العمد تجب الدية وبالعكس لا يجب شيء بخلاف الضمان في السرقة حيث
يجب بشهادة رجل وامرأتين وامثالها كما يجب بالنكول لان المال فيه اصل ثم يتعدى الى الحد فاذا اقتصر بقي على حاله
وهنا الاصل القصاص ثم يتعدى الى المال اذا وجد شرطه ولابي حنيفة ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال
حتى ابيح قطعها للحاجة ولا يجب على القاطع الضمان اذا قطعها بامره بخلاف النفس فانه لو قتله بامره يجب
عليه القصاص في رواية والدية في اخرى فاذا سلك بها مسلك الاموال يجري فيها البذل كالاموال الا انه لا
يجوز قطعها بلا فائدة وهذا البذل مفيد لدفع الخصومة فصار كقطع اليد للاكلة وقلع السن للوجع واذا امتنع
القصاص في النفس واليمين حق مستحق عليه يحبس فيه كما في القسامة قال ولو قال المدعي لي بينة حاضرة وطلب
اليمين لم يستحلف وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف يستحلف ومحمد مع ابي حنيفة في رواية ومع ابي يوسف
في اخرى وهذا الخلاف فيما اذا كانت حاضرة في المصر وان كانت خارج المصر يحلف بالاجماع وان كانت في مجلس
الحكم لا يحلف بالاجماع لابي يوسف رحمه الله ان اليمين حقه بالحديث الذي رويناه وله غرض صحيح في الاستحلاف وهو ان
يدفع به مؤنة المسافة ويتوسل الى حقه في الحال باقراره او نكوله وفي البينة احتمال فلعلها لا تقبل فيحلفه
اذا طلب كما اذا كانت خارج المصر ولابي حنيفة رحمه الله ان ثبوت الحق في اليمين مرتب على العجز عن اقامة
البينة على ما رويناه فلا يكون حقه دونه كما اذا كانت البينة حاضرة في المجلس بخلاف ما اذا كانت خارج المصر
لانه قد يتعذر عليه الجمع بين خصمه وشهوده فيكون عاجزا ولان في استحلافه مع حضور الشهود هتك المسلم
اذا اقام البينة بعدما حلف فيجب ان يتوقاه قال وقيل لخصمه اعطه كفيلا بنفسك ثلاثة ايام كيلا
يضيع حقه بتغييبه نفسه وفيه نظر للمدعي وليس فيه كثير ضرر بالمدعى عليه لان الحضور واجب عليه

اذا طلبه لما تلونا

اذا طلبه لما تلونا حتى تعدو عليه وليشخص الى القاضي ويحال بينه وبين اشغاله فيصح التكفيل باحضاره
بمجرد الدعوى ويجب ان يكون الكفيل ثقة معروفا بين الناس لا يتوهم اختفاؤه حتى يحصل به فائدة التكفيل
وهذا استحسان والقياس ان لا يلزم التكفيل لان الحق لم يجب عليه بعد بخلاف ما بعد اقامة البينة والتقدير
بثلاثة ايام مروي عن ابي حنيفة وهو الصحيح وعن ابي يوسف انه مقدر بما بين مجلسي القاضي حتى اذا كان يجلس
في كل يوم يكفل الى اليوم الثاني وان كان يجلس في كل عشرة ايام يوما يكفل الى عشرة ايام ولا فرق في الظاهر بين
الوجيه والخامل وبين الحقير من المال والخطير وعن محمد انه ان كان معروفا في الظاهر من حاله انه لا يخفي نفسه
بذلك القدر من المال لا يجبر على اعطاء الكفيل وكذا لو كان المدعى به حقيرا لا يخفي الانسان نفسه لاجله لا يجبر
على التكفيل لكن اذا اعطى هو باختياره يؤخذ منه وهذا اذا قال لي بينة حاضرة وان قال ليس لي بينة
او شهودي غيب لا يؤخذ منه كفيل لعدم الفائدة في التكفيل لان الغائب كالهالك من وجه وليس كل غائب
يؤوب ويمكنه الاستحلاف في الحال فلا معنى للاشتغال بالكفيل قال فان ابى لازمه اي دار معه حيث
سار اي ان ابى ان يكفل لا يجبره القاضي على التكفيل بل يامره بملازمته مقدار مدة التكفيل على القولين حتى
لا يغيب قال ولو كان غريبا لازمه مقدار مجلس القاضي اي الى ان يقوم من مجلسه لانه يلحقه الضرر بالزيادة
على ذلك فلا يزاد عليه ولا ضرر في هذا القدر ظاهرا وكذا اذا اخذ منه كفيل لا يؤخذ منه الا مقدار مجلس
الحاكم لما ذكرنا وله ان يطالب الوكيل بخصومته حتى لو غاب الاصيل يقيم البينة على الوكيل فيقضى عليه
وان اعطاه وكيلا فله ان يطالب بالكفيل بنفس الوكيل وان اعطاه كفيلا بنفس الوكيل فله ان يطالبه بالكفيل
بنفس الاصيل ان كان المدعى دينا لان الدين يستوفى من ذمة الاصيل دون الوكيل ولو اخذ كفيلا بالمال
فله ان يطلب كفيلا بنفس الاصيل لان المقصود الاستيفاء وقد يكون من الاصيل ايسر وان كان المدعى منقولا
فله ان يطالبه مع ذلك كفيلا بالعين ليحضرها ولا يغيبها المدعى عليه وان كان المدعى عقارا لا يحتاج الى ذلك
لانه لا يقبل التغييب قال واليمين بالله تعالى لا بطلاق وعتاق الا اذا الح الخصم لما روى ابن عمر رضي الله عنهما
ان النبي عليه السلام سمع عمر وهو يحلف بابيه فقال ان الله ينهاكم ان تحلفوا بآبائكم فمن كان حالفا فليحلف بالله او ليصمت
رواه البخاري ومسلم واحمد وفي لفظ قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من كان حالفا فلا يحلف الا بالله
او ليصمت وكانت قريش تحلف بآبائها فقال لا تحلفوا بآبائكم رواه احمد ومسلم والنسائي وعن ابي هريرة رضي الله عنه
قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تحلفوا الا بالله ولا تحلفوا الا وانتم صادقون رواه النسائي وهذا الحديث
باطلاقه يمنع الحلف بالطلاق والعتاق وقال بعضهم يسوغ للقاضي ان يحلفه بهما اذا الح الخصم لقلة مبالاة الناس
باليمين بالله تعالى في زماننا لكن اذا نكل لا يقضى عليه بالنكول لانه امتنع عما هو منهي عنه شرعا ولو قضى
عليه بالنكول لا ينفذ ولو طلب المدعى عليه تحليف الشاهد او المدعي انه لا يعلم ان الشاهد كاذب لا يجيبه
القاضي لانا امرنا باكرام الشهود والمدعي لا يجب عليه اليمين لا سيما اذا اقام بينة قال وتغلظ بذكر
اوصافه اي تؤكد اليمين بذكر اوصاف الله تعالى وذلك مثل قوله والله الذي لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة
الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية ما لفلان هذا عليك ولا قبلك هذا المال الذي ادعاه وهو
كذا وكذا ولا شيء منه لان احوال الناس شتى فمنهم من يمتنع عن اليمين بالتغليظ ويتجاسر عند عدمه فيغلظ
عليه لعله يمتنع بذلك وللقاضي ان يزيد على هذا ان شاء وله ان ينقص عنه الا انه يحتاط ويحترز عن عطف
بعض الاسماء على البعض كيلا يتكرر عليه اليمين ولو امره بالعطف فاتى بواحدة ونكل عن الباقي لا يقضى عليه
بالنكول لان المستحق عليه يمين واحدة وقد اتى بها ولو لم يغلظ جاز وقيل لا يغلظ على المعروف بالصلاح
ويغلظ على غيره وقيل يغلظ في الخطير من المال دون الحقير ولو غلظ عليه فحلف من غير تغليظ ونكل عن
التغليظ لا يقضى عليه بالنكول لان المقصود الحلف بالله تعالى وقد حصل قال لا بزمان ومكان اي لا تؤكد عليه

اليمين بزمان ولا بمكان وقال الشافعي رحمه الله ان كانت اليمين في قسامة او لعان او في مال عظيم يبلغ مائتي مثقال
تغلظ بالمكان فيحلف بين الركن والمقام ان كان بمكة وعند قبر النبي صلى الله عليه وسلم ان كان في المدينة وعند
الصخرة ان كان في بيت المقدس وفي الجوامع في غيرها فان لم يكن ففي المساجد ويكون ذلك يوم الجمعة بعد العصر
ولنا اطلاق قوله عليه السلام واليمين على من انكر والتخصيص بالمكان او الزمان زيادة على النص وهو نسخ ولان
المقصود تعظيم المقسم به وهو يحصل بدون ذلك ولان فيه حرجا على القاضي حيث يكلف حضورها وهو مدفوع
ولان فيه تاخير حق المدعي في اليمين فلا يشرع ولانه احد ما يقطع به الخصومة فلا يختص بمكان كالبينة قال رحمه الله
ويستحلف اليهودي بالله الذي انزل التوراة على موسى عليه السلام والنصراني بالله الذي انزل الانجيل على عيسى عليه السلام
والمجوسي بالله الذي خلق النار والوثني بالله لقوله عليه السلام لابن صوريا الاعور اليهودي انشدك بالله
الذي انزل التوراة ان حكم الزاني كما في كتابكم هذا ولان اهل الكتاب يعتقدون نبوة نبيهم فيؤكد عليهم بذكر المنزل
على نبيهم والمجوسي يعتقد تعظيم النار فيؤكد عليه بذكر خالقها والوثني وهو الذي يعبد غير الله تعالى يعتقد
ان الله تعالى خالقه وانما يشرك مع الله تعالى غيره قال الله تعالى ولئن سالتهم من خلق السموات والارض ليقولن الله
وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يحلف احد الا بالله تعالى خالصا احترازا عن اشراك غيره في التعظيم مع الله تعالى
وذكر الخصاف انه لا يحلف غير اليهودي والنصراني الا بالله تعالى وهو اختيار بعض مشايخنا لان في ذكر النار في اليمين
تعظيما لها لان اليمين تتغير بذلك ولا ينبغي ان يعظم النار بخلاف التوراة والانجيل لان كتب الله تعالى واجبة
التعظيم وما ذكره هنا هو المذكور في الاصل فكانه وقع عند محمد رحمه الله انهم يعظمونها تعظيم المسلم الشعائر
ولا يعبدونها حقيقة قال رحمه الله ولا يحلفون في بيوت عبادتهم لان فيه تعظيمها والقاضي ممنوع عن حضورها
مع ما عليه من الحرج وهو مدفوع عنه ايضا قال رحمه الله ويحلف على الحاصل اي بالله ما بينكما نكاح قائم وبيع قائم
وما يجب عليك رده وما هي بائن منك الان في دعوى النكاح والبيع والغصب والطلاق ولا يقال بالله ما نكحت
ولا بالله ما بعت ولا بالله ما غصبت ولا بالله ما طلقت لان هذه الاشياء قد تقع ثم ترتفع برافع كالطلاق والاقالة
والهبة والنكاح الجديد فلا يمكن تحليفه على السبب فيحلفه على الحاصل كيلا يتضرر المدعى عليه لانه لو اقر
بالسبب ثم ادعى طرو الرافع لا يقبل منه فيحتال بهذا التطويل اذ لا ضرر فيه على المدعي لان المقصود من الاسباب
احكامها فيحلف على نفيها لا على نفي السبب وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وقال ابو يوسف يحلفه على
السبب لان اليمين حق المدعي فيحلف على وفق دعواه والمدعى هو السبب الا اذا عرض المدعى عليه بان قال قد
يقع البيع ثم يتقايلان ونحو ذلك فانه حينئذ يحلفه على الحاصل نظرا له كيلا يفوت حقه وعنه انه ينظر
الى انكار المدعى عليه فان انكر السبب يحلف عليه وان انكر الحكم يحلف على الحاصل وقال فخر الاسلام يفوض
الى راي القاضي وهذا الخلاف فيما اذا كان السبب يرتفع برافع وليس في تحليفه على الحاصل ضرر بالمدعي فان
كان سببا لا يرتفع برافع فانه يحلف على السبب بالاجماع كالعبد المسلم اذا ادعى العتق على مولاه بخلاف الامة
والعبد الكافر لان الرق يتكرر عليهما بالارتداد ونقض العهد ثم اللحاق بدار الحرب ولا يتكرر على العبد
المسلم اذ لا يقبل منه الا الاسلام او السيف عند ارتداده وكذا اذا كان في التحليف على الحاصل ضرر بالمدعي
مثل ان يدعي شفعة بالجوار والمدعى عليه لا يراها او مثل ان تدعي المبتوتة النفقة والزوج لا يراها فانه
يحلف حينئذ على السبب بالاجماع لان في تحليفه على الحاصل ترك النظر في جانب المدعي اذ هو يحلف بناء على
اعتقاده فيبطل حق المدعي قال رحمه الله وان ادعى شفعة بالجوار او نفقة المبتوتة والمشتري او الزوج لا يراهما
يحلف على السبب لما ذكرنا وحاصله ان التحليف على الحاصل هو الاصل عندهما الا اذا ادى الى الاضرار بالمدعي
او كان سببا لا يتكرر فحينئذ يحلف على السبب وعند ابي يوسف التحليف على السبب هو الاصل الا اذا عرض
فحينئذ يحلف على الحاصل على ما بينا قال رحمه الله وعلى العلم لو ورث عبدا فادعاه اخر اي يحلف على العلم اذا

ورث عبدا او ادعاه اخر انه له ولا يحلف على البتات لان الوارث لا علم له بما فعل المورث فيمتنع عن اليمين فيلحقه
بذلك ضرر وهو محق ظاهرا فلا يصار اليه دفعا للضرر عنه قال رحمه الله وعلى البتات لو وهب له او اشتراه يعني يحلف
على البتات ان كان تملكه بالهبة له او بالشراء اياه لان الهبة والشراء سبب موضوع للملك باختياره فلا يباشره
ولم يعلم انه ملك المملك له لما باشر السبب ظاهرا فيحلف على القطع وهذا لان الملك باختياره ولا يكون الا بعد
التفحص ظاهرا فيطلق له الحلف على البتات فاذا امتنع عما اطلق له يكون باذلا اما الوارث فانه لا اختيار له في
الملك ولا يدري ما فعل المورث فلم يوجد ما يطلق له اليمين على البتات ولان الوارث خلف عن المورث واليمين
لا تجري فيها النيابة فلا يحلف على البتات والمشتري والموهوب له اصيل بنفسه فيحلف عليه والاصل في ايمان
اليمين متى وقعت على فعل الغير فاليمين على العلم ومتى وقعت على فعل نفسه تكون على البتات الا ترى انه عليه السلام
حلف اليهود بالله ما قتلتم ولا علمتم له قاتلا فحلفهم على البتات في الاول لانه فعلهم وفي الثاني على العلم لانه
فعل غيرهم قال الحلواني هذا الاصل مستقيم في المسائل كلها الا في الرد بالعيب فانه اذا ادعى المشتري ان العبد
ابق ونحو ذلك فاراد المشتري تحليف البائع فانه يحلفه على البتات مع انه فعل غيره وانما كان كذلك لان البائع
ضمن تسليم المبيع سالما عن العيوب فالتحليف يرجع الى ما ضمن بنفسه فيحلف على البتات ولانه انما يكون
الحلف على فعل الغير على العلم اذا قال المنكر لا علم لي بذلك واما اذا ادعى العلم فيحلف على البتات الا ترى ان
المودع اذا قال ان الوديعة قبضها صاحبها يحلف على البتات وكذا الوكيل بالبيع اذا ادعى قبض الموكل الثمن
فانه يحلف على البتات لادعائه العلم بذلك ثم كل موضع وجب اليمين فيه على البتات فحلف على العلم لا يكون معتبرا
حتى لا يقضى عليه بالنكول ولا تسقط اليمين عنه وفي كل موضع وجب اليمين فيه على العلم فحلف على البتات اكد
فيعتبر مطلقا بخلاف العكس قال رحمه الله ولو افتدى المنكر يمينه او صالحه منها على شيء صح ولم يحلف بعده
لما روي ان عثمان رضي الله عنه ادعى عليه باربعين درهما فاعطى شيئا وافتدى يمينه ولم يحلف فقيل الا تحلف
وانت صادق فقال اخاف ان يوافق قدر يميني فيقال هذا بسبب يمينه الكاذبة وقيل كان له على مقداد بن
الاسود سبعة الاف درهم اقرضها اياه فقضاه منها اربعة الاف فترافعا الى عمر فلم يحلف ولان بالافتداء
صيانة عرضه وهو مستحسن عقلا وشرعا وقد قال عليه السلام ذبوا عن اعراضكم باموالكم وقال علي كرم الله وجهه
اياك وما يقع عند الناس انكاره وان كان عندك اعتذاره ولان المنكر يدفع به الخصومة وتهمة الكذب
عن نفسه والمدعي ياخذه على انه حقه او عوضا عنه فيجوز وان لم يكن الحق مالا كالقصاص وجاز ان يكون
لعقد واحد جهتان كمن اقر بحرية عبد ثم اشتراه فما يعطي من الثمن بدل ملك الرقبة في زعم البائع وهو فداء
في حق المشتري حتى يعتق العبد وكما في الصلح عن الانكار فانه بدل حقه في حق المدعي والافتداء اليمين
وقطع الخصومة في حق المنكر ثم لما بطل حقه في اليمين في لفظ الصلح والفداء لا يكون له ان يستحلفه بعد
ذلك ابدا بخلاف ما اذا اشترى يمينه بالمال حيث لا يجوز لان الشراء عقد تمليك المال بالمال واليمين ليست
بمال فيبطل ويبقى حقه في اليمين على حاله

باب التحالف

قال رحمه الله اختلفا في قدر الثمن او المبيع قضي
لمن برهن اي لمن اقام البينة لانه نور دعواه بالبينة اذ البينة كاسمها مبينة فبقي في الجانب الاخر مجرد
الدعوى والبينة اقوى منها اذ هي متعدية حتى توجب القضاء على القاضي فلا يعارضها مجرد الدعوى
قال رحمه الله وان برهنا فلمثبت الزيادة اي اذا اقام كل واحد منهما بينة كانت البينة المثبتة للزيادة
اولى لان البينات شرعت للاثبات ولا معارضة في قدر ما اتفقا عليه ولا في الزيادة فيجب كليهما ولو اختلفا
في الثمن والمبيع جميعا فبينة البائع اولى في الثمن وبينة المشتري اولى في المبيع لما ذكرنا وفي النهاية اذا قال
البائع بعتك هذه الجارية بعبدك هذا وقال المشتري اشتريتها منك بمائة دينار واقاما البينة
فبينة البائع اولى لانها تثبت الحق له فيه والاخرى تنفيه والبينة للاثبات دون النفي قال رحمه الله

وان عجزا اى لم يرضيا بدعوى احدهما تحالفا اى ان عجزا عن اقامة البينة ولم يرض واحد منهما بما قاله صاحبه
بعد ما قيل لكل واحد منهما اما ان ترضى بما قاله صاحبك والا فسخنا البيع عليك تحالفا وانما يقول لهما ذلك
لان المقصود قطع المنازعة وهذا طريق فيه فلعلهما يرغبان فى البيع دون الفسخ فيرضيان به اذا علما بذلك
قال رحمه الله ويبدى بيمين المشترى وهو قول محمد وزفر وابى يوسف اخرا ورواية عن ابى حنيفة وهو الصحيح
لان المشترى اشدهما انكارا اذ هو المطالب بالثمن اولا فينكر عند المطالبة فيكون باديا بالانكار وعند نكوله
يطالب بالثمن بما تكلم من غير تاخر فيتعجل به فائدة اليمين وهو الاقرار او البدل عند النكول وبنكول البائع
تتاخر الفائدة لان تسليم المبيع يتاخر الى زمان تسليم الثمن لانه يمسك المبيع حتى يستوفى الثمن فكان ما يتعجل
به فائدته اولى وعن ابى يوسف انه يبداء بيمين البائع لقوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان فالقول ما
قاله البائع خصه بالذكر فكان ينبغى ان يكتفى بيمينه فان تقاصر عن افادته فلا يتقاصر عن افادة التقديم
وقيل يقرع بينهما فى البداية هذا اذا باع سلعة بثمن وان باع عينا بعين او سلعة بسلعة بداء القاضى بايهما
شاء لاستوائهما فى فائدة النكول قال رحمه الله وفسخ القاضى بطلب احدهما لقوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان
تحالفا وترادا ولانهما لما حلفا لم يثبت ما ادعاه كل واحد منهما فيبقى بيع بثمن مجهول او بيع بلا بدل فيفسخ
لان البيع بلا ثمن او بثمن مجهول فاسد ولا بد من الفسخ فيه وقيل ينفسخ بنفس التحالف والصحيح الاول
بدليل ما ذكر فى المبسوط ان وطى الجارية المبيعة حل بعد التحالف قبل فسخ القاضى البيع بينهما ولو كان
ينفسخ لما حل وصفة اليمين ان يحلف البائع بالله ما باعه بما ادعاه المشترى ويحلف المشترى بالله ما اشتراه
بما ادعاه البائع وذكر فى الزيادات انه يحلف بالله ما باعه بالف ولقد باعه بالفين ويحلف المشترى بالله
ما اشتراه بالفين ولقد اشتراه بالف فيضم الاثبات الى النفى تاكيدا والاصح الاقتصار على النفى لان الايمان
على ذلك وضعت الا ترى انه اقتصر عليه فى القسامة بقولهم ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا والمعنى فيه ان اليمين تجب
على المنكر وهو النافى فيحلف على هيئة النفى اشعارا بان الحلف وجب عليه للانكار وانما وجب على البائع والمشترى
لان كلا منهما منكر لان البائع يدعى زيادة الثمن والمشترى ينكر ويدعى المشترى زيادة المبيع والبائع ينكر ان كان
الخلاف بينهما وان كان الخلاف فى احدهما فاحدهما يدعى زيادة البدل والاخر ينكره والمنكر منهما يدعى وجوب
تسليم البدل على صاحبه عند تسليم المبدل والاخر ينكره فصارا مدعيين ومنكرين فتقبل بينة كل واحد
منهما لكونه مدعيا ويحلف كل واحد منهما لكونه منكرا وهذا اذا كان قبل قبض احد البدلين فظاهر
وهو قياسى وان كان بعده فمخالف للقياس لان القابض منهما لا يدعى شيئا على صاحبه وانما ينكر ما ادعاه
الاخر ولكن عرفناه بالنص وهو قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا
قال رحمه الله ومن نكل لزمه دعوى الاخر لانه صار مقرا به او باذلا فلزمه اذا اتصل به القضاء وهو المراد
بقوله لزمه دعوى الاخر لانه بدون اتصال القضاء به لا يوجب شيئا اما على اعتبار البذل فظاهر واما على
اعتبار انه اقرار فلانه اقرار فيه شبهة البذل فلا يكون موجبا بانفراده وهذا الذى ذكرناه فى التحالف
اذا كان اختلافهما فى البدل مقصودا واما اذا كان فى ضمن شئ اخر نحو ان يشترى الرجل من اخر سمنا فى زق وزنه
مائة رطل ثم جاء بالزق ليرده على صاحبه ووزنه عشرون فقال البائع ليس هذا زقى وقال المشترى
هو زقك فالقول قول المشترى سواء سمى لكل رطل ثمنا او لم يسم فجعل هذا اختلافا فى المقبوض وفيه القول
قول القابض فى نفس القبض والمقبوض فكذا فى مقدار المقبوض وان كان فى ضمنه اختلافا فى الثمن لان الثمن
يزداد بنقصان الزق وينقص بزيادته فالبائع يدعى زيادة الثمن والمشترى ينكر ولم يعتبر هذا الاختلاف
فى ايجاب التحالف لان الاختلاف فيه وقع مقتضى اختلافهما فى الزق قال رحمه الله وان اختلفا فى الاجل او فى
شرط الخيار او فى قبض بعض الثمن او بعد هلاك المبيع او بعضه او فى بدل الكتابة او فى راس المال بعد

اقالة السلم لم يتحالفا والقول للمنكر مع يمينه اما الاختلاف فى الاجل او فى شرط الخيار او فى قبض بعض
الثمن فلانه اختلاف فى غير المعقود عليه والمعقود به فاشبه الاختلاف فى الحط والابراء ولهذا لا يختل
العقد بانعدامه بخلاف الاختلاف فى وصف الثمن وجنسه حيث يكون بمنزلة الاختلاف فى القدر حتى
يجرى فيه التحالف لانه يرجع الى نفس الثمن لانه يعرف بالوصف لا غير لكونه دينا فى الذمة ولا كذلك
الاجل لانه ليس بوصف له الا ترى ان الثمن موجود بدونه وكذا مستحقهما مختلف فان الثمن حق البائع
والاجل حق المشترى ولو كان وصفا للثمن لكان حق البائع وقال زفر والشافعى يتحالفان فى الاجل اذا اختلفا
فى اصله او قدره لان هذا فى معنى الاختلاف فى مقدار مالية الثمن فان المؤجل انقص من الحال فى المالية ولان
النص اوجب التحالف عند اختلاف المتبايعين ولم يفصل قلنا وجوب التحالف معلق باختلاف المتبايعين
وهو اسم مشتق من البيع فيتعلق وجوبه باختلافهما فيما يثبت به البيع وهو يثبت بالمبيع والثمن لا بالاجل
فصار كانه قال اذا اختلف المتبايعان فى المبيع او الثمن تحالفا وقد بينا ان الاجل ليس بوصف للثمن اذ لو كان وصفا
له لذهب عند ذهابه اذ الشئ لا يبقى بدون وصفه وفرق بين الاجل فى السلم وبين ما نحن فيه عند ابى حنيفة
فانه جعل هناك القول قول من يدعى الاجل وجعل القول هنا للمنكر والفرق انه شرط فى السلم وتركه فيه
مفسد للعقد واقدامهما عليه يدل على الصحة فكان القول لمن يدعيه لان الظاهر يشهد له بخلاف ما نحن
فيه لانه لا تعلق له فى الصحة والفساد فيه فكان القول للنافيه لان الاجل اجنبى عن العقد ولهذا لو شهد
احد الشاهدين انه باعه بالف الى شهر وشهد الاخر بانه باعه بالف ولم يذكر الاجل تقبل شهادتهما ولو شهد
احدهما انه باعه بشرط الخيار الى ثلاث ولم يذكر الاخر الخيار ولو كان وصفا للثمن لما قبل وكذا اذا اختلفا
فى اصل البيع او مكان ايفاء المسلم فيه لا يتحالفان لان احدهما انفرد فى انكار اصل البيع والاختلاف فى مكان
الايفاء وقد مر بيانه فى البيوع واما اختلافهما بعد هلاك المبيع فالمذكور هنا قول ابى حنيفة وابى يوسف
وقال محمد والشافعى يتحالفان ويفسخ البيع على قيمة الهالك وعلى هذا الخلاف اذا اخرج المبيع من ملكه او صار
بحال لا يمكن رده لهما قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا مطلقا من غير اشتراط قيام السلعة
والمراد باشتراطه فى الحديث الاخر التنبيه على عدم سقوطه فى حالة ادنى منها كانه يقول والله اعلم تحالفا وان
كانت السلعة قائمة لانه يمكن تمييز الصادق من الكاذب اذا كانت السلعة قائمة بتحكيم قيمتها فى الحال ولا
يمكن ذلك بعد الهلاك فاذا كان يجرى التحالف بينهما مع امكان المعرفة فاولى ان يجرى عند عدم الامكان
ولان كل واحد منهما يدعى عقدا غير العقد الذى يدعيه صاحبه اذ البيع بالف غير البيع بالفين الا ترى ان الشاهدين
فى البيع اذا اختلفا فى مقدار الثمن لا تقبل شهادتهما للعدم كمال النصاب فى كل واحد من البيعين فصار كما لو
ادعى احدهما البيع والاخر الهبة او كان البيع مقايضة فهلك احد البدلين او اختلفا فى جنس الثمن وفى التحالف
فائدة وهو تسليم ما يدعيه البائع له على تقدير نكول المشترى او سقوط الثمن كله عن المشترى على تقدير عدم نكوله
ولابى حنيفة وابى يوسف قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا وترادا اشترط ان تكون السلعة
قائمة وما رويناه من المطلق محمول عليه ولفظ التراد فيه يدل عليه لان التراد يكون فى القائم دون الهالك ولانه
يحمل على المقيد اذا كان الراوى لهما عن النبى عليه السلام واحدا بالاجماع ويحمل ترك الراوى عن النبى عليه السلام القيد
الى غفلته وقلة ضبطه بخلاف ما اذا اختلفت الروايات عن النبى عليه السلام حيث يترك كل واحد منهما على حاله
فيعمل بهما ما لم يكن الاطلاق والتقييد فى حكم واحد ومحل واحد وهكذا ان الحديثان هنا يرويهما ابن مسعود
عن النبى صلى الله عليه وسلم فيؤخذ بالمقيد لما ذكرناه والتحالف بعد القبض على خلاف القياس على ما بينا فلا يلحق به
غيره فلا يتعدى الى حال هلاك السلعة لانه ليس فى معناه اذ لا يعود كل واحد منهما الى راس ماله ولا يدعى
المشترى فيه شيئا بخلاف ما قبل القبض على ما بيناه ولانه بالتحالف يفسخ العقد والفسخ يرد على عين ما ورد عليه العقد

فيشترط قيامه كالعقد و لهذا لا يجوز الاقالة و لا الرد بالعيب بعد هلاكه و لا معنى لقولهما ان كل واحد منهما
يدعى عقدا غير ما يدعيه الاخر فان العقد لا يختلف باختلاف قدر الثمن من جنس واحد الا ترى ان الوكيل بالبيع
بالف يبيعه بالفين و ان البيع بالف يصير بالفين بالزيادة فى الثمن و بخمسماية بالحط و انما لا تقبل شهادتهما
اذا اختلفا فى القدر مع اتحاد الجنس لان المدعى احدهما لا لاختلاف العقد بخلاف ما لو اختلفا فى جنس الثمن
لان البايع يدعى عليه الدنانير و المشترى ينكر و المشترى يدعى الشرا بالدراهم و البايع ينكر و انكاره صحيح
و كذا دعواه لان المبيع لا يسلم له الا بثمن فكان دعواه الثمن دعوى المبيع و لم يتفقا على ثمن و هنا اتفقا على الف
و هو يكفى للصحة و لهذا لو كان المبيع جارية يحل وطيها قبل الفسخ بعد التحالف و لو كان مختلفا لما صح كما لو ادعى
احدهما هبة و الاخر بيعا لاختلافهما حقيقة و بخلاف بيع المقايضة لان كل واحد منهما مبيع فكان البيع قايما
ببقاء المعقود عليه و لهذا تجوز الاقالة فيه و يرد بالعيب فاذا كان باقيا رده و يرد الاخر مثل الهالك ان كان
من ذوات الامثال و الا فقيمته و لا نسلم ان فى التحالف هنا فايدة لان المقصود فى الفسخ ان يسلم لكل واحد منهما
العوض و يرجع اليه عين ماله الذى ورد عليه العقد و هنا يسلم المبيع للمشترى بقيمته كما يسلم له بالثمن اذا لم
يفسخ فلا يعتد باختلاف سبب السلامة بعد حصول المقصود كمن اقر بالف من ثمن متاع فقال المقر له هى غصب
فانه يومر بالدفع اليه لاتحاد الحكم بخلاف ما اذا قال بعتنى هذه الجارية فانكر و قال ما بعتها و انما زوجتكها فانه
لا يحل له ان يطاها لاختلاف الحكم فان حكم ملك اليمين خلاف حكم الزوجية و كذا لو رجع الى البايع بالفسخ
عين ماله الذى ورد عليه العقد فلا يكون فى الفسخ فايدة لانما يعتبر من الفايدة هو عود ما ورد عليه العقد
الى صاحبه لا اى فايدة كانت و اما اختلافهما بعد هلاك بعض المبيع فالمذكور هنا قول ابى حنيفة رضى الله عنه
و صورته انه باع عبدين صفقة واحدة ثم هلك احدهما عند المشترى ثم اختلفا فى الثمن فقال القدورى فيها لا
يتحالفان الا ان يرضى البايع ان يترك حصة الهالك و جعل هذا فى النهاية لفظ المبسوط و فى الجامع الصغير القول
قول المشترى مع يمينه عند ابى حنيفة رحمه الله الا ان يشاء البايع ان ياخذ الحى و لا ياخذ من ثمن الميت شيا و قال
ابو يوسف يتحالفان فى الحى و يفسخ العقد فيه و لا يتحالفان فى الهالك و يكون القول فى ثمنه قول المشترى و قال محمد
رحمه الله يتحالفان عليهما و يفسخ العقد فيهما و يرد الحى و قيمة الهالك لان هلاك كل السلعة لا يمنع التحالف عنده فهلاك
البعض اولى ان لا يمنع و لابى يوسف رحمه الله ان امتناع التحالف للهلاك فيتقدر بقدره و لابى حنيفة رحمه الله ان التحالف
بعد القبض ثبت بالنص على خلاف القياس و رد الشرع به فى حال قيام السلعة و السلعة اسم لجميعها فلا تبقى السلعة
بعد فوات جزء منها و لانه لا يمكن التحالف فى القايم الا على اعتبار حصته من الثمن و لا بد من القسمة على قيمتها
و القيمة تعرف بالحزر و الظن فيودى الى التحليف مع الجهل و ذلك لا يجوز الا ان يرضى البايع ان يترك حصة الهالك
فحينئذ يكون الثمن كله بمقابلة الحى و يخرج الهالك عن العقد فيكون كان العقد وقع على هذا فيتحالفان
فان حلفا فسخ العقد فيه و اخذه و لا ياخذ من ثمن الهالك و لا من قيمته شيا و ايهما نكل لزمه دعوى الاخر و لفظ
المبسوط يدل على هذا لان المستثنى منه عدم التحالف لان المذكور فيه قبل الاستثنا قوله لم يتحالفا و لفظ الجامع
الصغير يدل على النفى الا يتحالفان و انه يحلف المشترى وحده لان المستثنى منه يمين المشترى لانه المذكور قبله
و قال فى النهاية و ذكر ان هذا الاستثنا الى ماذا ينصرف قال مشايخ بلخ رحمهم الله ينصرف الى يمين المشترى
و معناه ان البايع ياخذ الحى منهما صلحا عما يدعيه قبل المشترى من الزيادة و يجعل صلحها على هذا العبد كصلحها
على عبد اخر و صار تقديره ما قال فى الكتاب على قول هولا لا يتحالفان عند ابى حنيفة رضى الله عنه و يكون القول قول
المشترى مع يمينه الا ان ياخذ البايع الحى و لا ياخذ شيا اخر فحينئذ لا يحلف المشترى قال شيخ الاسلام المعروف
بخواهر زاده هذا لا يقوى لان الاخذ معلق بمشية البايع و لو كان اخذ الحى بطريق الصلح لكان معلقا بمشيتهما
قال الراجى عفو ربه ليس فى هذا الاخذ فايدة لى ايضا و لا يحتاج اليهما فلا يضاف اليه لان ترك حصة الهالك

من الثمن من غير بدل يقابله ليس من الحكمة ثم قال و عامة المشايخ على ان الاستثنا منصرف الى التحالف و صار
تقديره ما فى الكتاب على قولهما لا يتحالفان عند ابى حنيفة الا ان يشاء البايع ان ياخذ الحى و لا ياخذ من ثمن الميت
شيا فحينئذ يتحالفان لان المذكور قبل الاستثنا التحالف دون يمين المشترى فكان صرف الاستثنا الى المذكور
اولى و بعضهم قالوا الاستثنا ينصرف الى يمين المشترى على معنى ان البايع اذا رضى ان ياخذ الحى و لا ياخذ من ثمن
الميت شيا فحينئذ لا يحلف المشترى لان البايع اذا اعرض عن دعواه لا معنى لتحليف المشترى و هذا امثل الاول
فى عدم الفايدة و قال الكاسانى رحمه الله ياخذ البايع فى حق الهالك من المشترى ما يقر به المشترى فحينئذ لا يحلف
لان الاستحلاف انما شرع فى حق المشترى اذا كان ينكر ما يدعيه البايع من الزيادة فاذا ترك البايع دعوى الزيادة
و اخذ المجحود رضى به المشترى فلا حاجة الى استحلاف المشترى و الصحيح هو ترك دعوى الزيادة فى الثمن لا ترك
ثمن الهالك لان البايع لا يترك ثمن الهالك كله و انما يترك الزيادة على ما يقر به المشترى و معنى قوله لا ياخذ
شيا اى لا ياخذ من الزيادة التى يدعيها شيا و على هذا التقدير يكون الاستثنا منصرفا الى يمين المشترى
و من اصحابنا من قال ينصرف الاستثنا الى التحالف و هو الاظهر لان المانع من التحالف و هو الهالك قد زال بخروجه
من ان يكون مبيعا فصار كان المبيع هو الحى وحده او برضاه مما اقر به المشترى من ثمن الهالك فلم يبق الاختلاف بينهما
الا فى ثمن الحى فيتحالفان فايهما نكل لزمه دعوى الاخر ثم تفسير التحالف على قول محمد ظاهر لان الهلاك عنده
لا يؤثر فصار كانهما حيان و اختلفوا فى تفسيره على قول ابى يوسف فقال بعضهم يتحالفان على القايم بحصته
من الثمن دون الهالك لان التحالف للفسخ و الفسخ لا يرد على الهالك و هذا لا يقوى لان المشترى لو حلف بالله ما
اشترى القايم بالف يكون صادقا لان من اشترى شيئين بالف درهم ثم حلف انه ما اشترى احدهما بالف كان صادقا
فلم يمتنع من الحلف فلم يفد التحالف فايدته و الصحيح ان يحلف المشترى بالله ما اشتراهما بالفين فان نكل لزمه دعوى
الاخر و ان حلف يحلف البايع بالله ما باعهما بالف فان نكل لزمه دعوى المشترى و ان حلف فسخ العقد بينهما
فى القايم و سقط حصته من الثمن و يلزم المشترى حصة الهالك من الثمن الذى يقر به المشترى فانه يقسم على قيمتها
يوم القبض فما اصاب الحى سقط و ما اصاب الهالك لزم المشترى و ان اختلفا فى قيمة الهالك فان اقام احدهما
بينة تقبل بينته و ان اقاما البينة فبينة البايع اولى لانها تثبت الزيادة و ان لم يكن لهما بينة كان القول
قول البايع لانه هو المنكر لان الثمن كله كان واجبا على المشترى ثم المشترى يدعى زيادة السقوط بدعوى قلة
قيمة الهالك و البايع ينكر ذلك فكان القول قوله و هو قياس ما ذكر فى الاصل فى رجل اشترى عبدين و قبضهما ثم رد
احدهما و هلك الاخر عند المشترى يسقط عنه ثمن ما رد و يجب عليه ثمن ما هلك عنده و يقسم الثمن على قدر قيمتهما
و ان اختلفا فى قيمة الهالك و اقام احدهما بينة تقبل بينته و ان اقاما البينة فبينة البايع اولى لانها اكثر اثباتا
و ان لم يكن لهما بينة كان القول قول البايع مع يمينه لانهما اتفقا على وجوب كل الثمن ثم المشترى يدعى زيادة
السقوط بدعواه ان قيمة الهالك اقل و البايع ينكر فكان القول له ايضا و هذا الفقه و هو ان الايمان يعتبر فيها
الحقيقة لانها تتوجه على احد الخصمين و هما يعرفان حقيقة الحال فيبتنى الامر عليها و البايع منكر حقيقة فكان
القول له و فى البينات يعتبر الظاهر لان الشاهدين لا يعلمان حقيقة الامر فاعتبر الظاهر فى حقهما و البايع مدع
ظاهرا فلهذا تقبل بينته ايضا و ترجحت بالزيادة الظاهرة و عند ابى حنيفة رحمه الله ان البايع اذا رضى
ان يترك حصة الهالك من الثمن يتحالفان عند بعضهم على الوجه الذى ذكرنا لابى يوسف هذا اذا هلك بعضه
بعد القبض و ان هلك قبله يتحالفان بالاتفاق و كذا لو رد احدهما بعيب لان الكل يعود الى ملكه فلا يودى
الى تفريق الصفقة على البايع فعلم بهذا ان التعليل بان السلعة اسم لجميعها غير سديد و اما اختلافهما
فى بدل الكتابة فالمذكور هنا قول ابى حنيفة و قالا يتحالفان و تفسخ الكتابة و هو قول الشافعى لان الكتابة
عقد معاوضة يقبل الفسخ و كل واحد منهما مدع على الاخر لان المولى يدعى بدلا زايدا و العبد ينكره

والعبد يدعي استحقاق العتق على المولى عند اداء ما يقربه والمولى ينكر فيتحالفان كما اذا اختلفا في الثمن
وهو قبل القبض موافق القياس فيتعدى اليه ولابي حنيفة ان البدل في الكتابة مقابل بفك الحجر وهو ملك
التصرف واليد للحال وقد سلم ذلك للعبد ولا يدعي على مولاه شيئا وقد بينا ان التحالف بعد القبض على
خلاف القياس فلا يتحالفان فيكون القول قول العبد لكونه منكرا وانما يصير مقابلا بالعتق عند الاداء وقبله
لا يقابله اصلا حتى يقال فيه انه اختلاف قبل القبض وهذا نظير الاجرة فانها مقابلة بالعين المستاجرة عند
العقد ثم تنتقل الى المنفعة عند الاستيفاء وكذا الكتابة ليست في معنى البيع صورة ومعنى لان صورة البيع
للاسترباح وهو مبني على التضيق والكتابة بخلافه والبيع يقبل الفسخ بعد تمامه والكتابة لا تقبل الفسخ بعد
التمام فلا تكون في معناه فلا يتحالفان يوضحه ان البيع لازم من الجانبين والمصير الى التحالف فيه مفيد حتى
اذا نكل احدهما لزمه دعوى الاخر ولا يتحقق ذلك في الكتابة لان المكاتب اذا نكل لا يلزمه شيء لتمكنه من الفسخ
بالتعجيز والدين فيه غير لازم حتى لا تجوز الكفالة به ولا نسلم انه معاوضة مطلقا لان الكل مال المولى من وجه
فلا يكون في معنى البيع فاذا انعدم التحالف وجب اعتبار الدعوى والانكار فيكون القول للمنكر وهو العبد
وان اقام احدهما البينة تقبل بينته لانه نور دعواه بها وان اقاما البينة كانت بينة المولى اولى لانها تثبت
الزيادة الا انه اذا ادى قدر ما اقام البينة عليه يعتق لانه اثبت الحرية لنفسه عند اداء هذا القدر فوجب
قبول بينته على ذلك فصار نظير ما لو كاتبه على الف درهم على انه ان ادى خمسمائة يعتق ولا يمتنع ان يكون عليه
بدل الكتابة بعد الحرية كما ذكرنا وكما لو استحق بدل الكتابة فان الحرية لا ترتفع بعد النزول ويجب عليه البدل
واما اذا اختلفا في راس المال بعد اقالة السلم فلان الاقالة في باب السلم ليس ببيع بل هو ابطال من كل وجه فان رب السلم
لا يملك المسلم فيه بالاقالة بل يسقط فلم يكن فيها معنى البيع حتى يتحالفا فاعتبر فيه حقيقة الدعوى والمسلم اليه هو المنكر
حقيقة فكان القول له ولا يعود السلم ولان المقصود من التحالف فسخ العقد حتى يعود كل واحد منهما الى راس ماله
واليه الاشارة النبوية بقوله عليه السلام تحالفا وترادا والتحالف في الاقالة في السلم لا يفيد هذا المقصود وهو فسخ
الاقالة لان الاقالة في السلم بعد نفاذها لا تحتمل الفسخ بسائر اسباب الفسخ الا ترى انهما لو تقايلا لا تنقض الاقالة
لا تنتقض وكذا لو كان راس المال عرضا فقبضه المسلم اليه ثم رده عليه بعيب بقضاء قاض ثم هلك قبل التسليم الى
رب السلم لا يعود السلم فكذا بالتحالف لا تنتقض الاقالة ولا يعود السلم بخلاف الاقالة في البيع حيث تنتقض
بهذه النواقض والفقه فيه ان المسلم فيه سقط بالاقالة فلو انفسخت الاقالة كان حكم انفساخها عود المسلم اليه
والساقط لا يحتمل العود بخلاف الاقالة في البيع لانه عين فامكن عوده الى ملك المشتري قال رح وان اختلفا
في مقدار الثمن بعد الاقالة تحالفا معناه اذا اختلفا بعد ما تقايلا وقبل قبض المبيع بحكم الاقالة فانهما يتحالفان
اذا لم يكن لهما بينة ويعود البيع الاول لان التحالف قبل القبض موافق للقياس لان كل واحد منهما مدع ومنكر
فيتعدى الى الاقالة كما يتعدى الى الاجارة والى الوارث والى قيمة المبيع فيما اذا استهلك المبيع غير المشتري
ولو قبض البايع المبيع بعد الاقالة فلا يتحالفان عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد يتحالفان لانه يرى النص
معلولا بعد القبض ايضا قال رح وان اختلفا في المهر قضي لمن برهن اي لمن اقام البينة لانه نور دعواه
بها وهي كاسمها بينة قال رح وان برهنا فللمراة اي اذا اقاما البينة كانت بينة المراة اولى لانها تثبت
الزيادة والبينات للاثبات فكانت اولى هذا اذا كان مهر المثل يشهد للزوج بان كان مثل ما يدعي الزوج او اقل
لان الظاهر يشهد للزوج وبينة المراة تثبت خلاف الظاهر فكانت اولى وان كان مهر المثل يشهد لها بان كان
مثل ما تدعيه او اكثر كانت بينة الزوج اولى لانها تثبت الحط وهو خلاف الظاهر والبينات للاثبات
على ما بينا وان كان مهر مثلها لا يشهد لها ولا له بان كان اقل مما ادعته المراة واكثر مما ادعاه الزوج فالصحيح
انهما تتهاتران لانهما استويا في الاثبات لان بينتها تثبت الزيادة وبينته تثبت الحط فلا يكون احدهما

اولى من الاخرى قال رح وان عجزا اي عن اقامة البينة تحالفا ولم يفسخ النكاح لان يمين كل واحد منهما ينتفي به
ما يدعيه صاحبه من التسمية فيبقى العقد بلا تسمية وذلك غير مفسد للنكاح فلا حاجة الى الفسخ بخلاف البيع
قال رح بل يحكم مهر المثل فيقضي بقوله لو كان كما قال او اقل وبقولها لو كان كما قالت او اكثر وبه لو بينهما
اي بين ما قالته هي وبين ما قاله هو لانه لما انتفى بيمينهما التسمية احتيج الى تحكيم مهر المثل فيقضي بقول من
يشهد له مهر المثل وان لم يشهد لواحد منهما بان كان اقل مما ادعت واكثر مما ادعى قضي بذلك وهذا
تخريج الكرخي رحمه الله وتخريج الرازي خلاف ذلك فانه لا يبدا باليمين اي لا يجعل القول لمن يشهد له الظاهر
وهو مهر المثل مع يمينه وان لم يشهد لواحد منهما بان كان بينهما تحالفا ويبدا بيمين الزوج ليعجل الفائدة
وقد بيناه مفصلا في النكاح وعند ابي يوسف لا يتحالفان ويكون القول قول الزوج مع يمينه الا ان ياتي
بشيء مستنكر وقد بيناه في النكاح قال رح ولو اختلفا في الاجارة قبل الاستيفاء تحالفا يعني قبل استيفاء
المنافع لان الاجارة قبل قبض المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع من حيث ان كل واحد منهما مدع على صاحبه
ومنكر لما يدعيه صاحبه ومن حيث انهما يحتملان الفسخ وهما عقد معاوضة فان قيل قيام المعقود عليه
شرط للتحالف والمنفعة معدومة فوجب ان لا يجري فيها التحالف قلنا في المعدوم يجري التحالف كما في السلم
ولان العين المستاجرة اقيمت مقام المنفعة في حق ايراد العقد عليها فصارت كانها قائمة ثم ان كان الاختلاف
في الاجرة يبدا بيمين المستاجر وان وقع في المنفعة يبدا بيمين الموجر وايهما نكل لزمه دعوى الاخر وايهما
اقام البينة تقبل بينته وان اقاماها فبينة الموجر اولى ان كان الاختلاف في الاجرة وان كان الاختلاف في المنفعة
فبينة المستاجر اولى وان كان الاختلاف فيهما فبينة الموجر اولى في الاجرة وبينة المستاجر اولى في المنفعة
لان البينة للاثبات فما كان اكثر اثباتا كان اولى قال رح وبعده لا والقول قول المستاجر اي ان اختلفا
بعد استيفاء المنافع لا يتحالفان وكان القول قول المستاجر مع يمينه لان فائدة التحالف الفسخ والمنافع
المستوفاة لا يمكن فسخ العقد فيها فامتنع التحالف وهذا عندهما ظاهر لان هلاك المعقود عليه يمنع
التحالف عندهما وكذا عند محمد لان الهلاك انما يمنع عنده في المبيع لما ان له قيمة تقوم مقامه فيتحالفان
عليها ولو جرى التحالف هنا وفسخ العقد فلا قيمة لان المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد وبالفسخ يرتفع
العقد فيتبين انه لا عقد فاذا امتنع التحالف كان القول قول المستاجر لانه هو المنكر قال رح والبعض معتبر
بالكل معناه اذا استوفى بعض المنافع وبقي البعض يعتبر كل واحد منهما بالكل حتى يمتنع التحالف في المستوفى
ويكون القول فيه قول المستاجر كما لو استوفى الكل ويجري التحالف في الباقي ويفسخ العقد فيه كما اذا لم يستوف شيئا
وهذا بالاجماع فابو يوسف مر على اصله في هلاك بعض المبيع فان التحالف عنده مقدر بقدر الباقي فكذا ههنا
وهما خالفا اصلهما في المبيع والفرق لمحمد ما بيناه في استيفاء الكل ان المنافع لا تتقوم الا بالعقد فلو تحالفا لانتفى
العقد فلم يكن ايجاب شيء والفرق لابي حنيفة ان العقد في الاجارة ينعقد ساعة فساعة على حسب حدوث
المنافع فيصير كل جزء من المنافع كالمعقود عليه عقدا مبتدا على حدة فلا يلزم من تعذر التحالف في الماضي تعذره
فيما بقي اذ هما في حكم عقدين مختلفين فيتحالفان فيه بخلاف ما اذا هلك بعض المبيع حيث يمتنع التحالف فيه عنده
في الكل لانه عقد واحد فاذا امتنع في البعض امتنع في الكل ضرورة كيلا يؤدي الى تفريق الصفقة على البايع
على ما بيناه من قبل قال رح واذا اختلف الزوجان في متاع البيت فالقول لكل واحد منهما فيما يصلح له لان الظاهر
يشهد له ولا فرق في ذلك بين ان يكون النكاح قائما بينهما او لم يكن قائما مما يصلح للرجل العمامة والقباء
والقلنسوة والطيلسان والسلاح والمنطقة والكتب والقوس والدرع الحديد فيكون القول فيها قوله
مع يمينه لما بينا ومما يصلح للمراة الخمار والدرع والاساور وخواتيم النساء والحلي والخلخال وامثال ذلك
فان القول فيها قولها مع يمينها لما ذكرنا الا اذا كان الزوج يبيع هذه الاشياء فلا يكون القول قولها لتعارض

الظاهرين وكذا اذا كانت المراة تبيع ما يصلح للرجال لا يكون القول قولها في ذلك **قال** وله فيما يصلح لهما
اي اذا اختلفا فيما يصلح لهما كان القول قوله لان المراة وما في يدها في يد الزوج والقول لصاحب اليد في الدعاوي
بخلاف ما يختص بالمراة لان ظاهرا يقابله ظاهر اخر من جهتها اختصاصها فيترجح بالاستعمال من جهتها والذي
يصلح لهما الفرش والامتعة والاواني والرقيق والعقار والمواشي والنقود **قال** فان مات احدهما فللحي اي اذا
مات احد الزوجين واختلف الحي منهما مع ورثة الاخر كان المتاع للحي ومراده من المتاع ما يصلح لهما وهو المشكل
واما ما لا اشكال فيه وهو ما يصلح لاحدهما ولا يصلح للاخر فهو على ما كان قبل الموت وتقوم ورثته مقامه فيه
وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وخالفه ابو يوسف في المشكل فقال يدفع الى المراة من المشكل ما يجهز به مثلها والباقي
للزوج مع يمينه ولورثته بعد موته وقال محمد مثل ما قال ابو حنيفة ان ما يصلح لاحدهما فهو له وما يصلح
لهما فهو للزوج الا ان قوله هذا لا يختلف بين ان يكون في حياتهما او بعد موت احدهما فحاصله انهم اتفقوا
ان ما يصلح لاحدهما فهو لمن يصلح له في الحياة والموت حتى تقوم ورثته مقامه واختلفوا فيما يصلح لهما فابو حنيفة
جعله للزوج في حال حياتهما وللباقي منهما بعد موت احدهما ومحمد رحمه الله جعله للزوج في الحالتين وابو يوسف
رحمه الله جعل منه للمراة قدر ما يجهز به مثلها في الحالتين لانها تاتي بالجهاز عادة فكان الظاهر شاهدا لها
وهو اقوى من ظاهر يد الزوج فيبطل به ظاهره ولا معارض في الباقي فيعتبر ولمحمد ان الاستواء بين الحالتين
ان الورثة يقومون مقام الميت لانهم خلفاؤه فلا يتغير الحكم في المشكل بالموت كما لا يتغير في غير المشكل ولابي حنيفة
ان يد الباقي منهما اسبق الى المتاع لان الوارث تثبت يده بعد موت المورث فيقع به الترجيح كما يقع بالصلاحية
للاستعمال على ما بينا بل اولى لان اليد رجحانا مطلقا حتى يرجح به في غير هذا الباب بخلاف الصلاحية ولان يد الباقي
منهما يد نفسه ويد الوارث خلف عن يد المورث فلا يعارض الاصل وقال زفر رحمه الله المشكل بينهما نصفان والباقي
مثل ما قال ابو حنيفة وعنه ان المتاع كله بينهما نصفان وبه قال مالك والشافعي رحمهما الله لانهما استويا في سبب
الاستحقاق اذ هما ساكنان في بيت واحد والبيت مع ما فيه في ايديهما ولا معتبر بالشبهة في الخصومات الا ترى ان
اسكافا وعطارا لو اختلفا في الة الاساكفة او الة العطارين وهي في ايديهما قضي بينهما نصفان ولا ينظر الى ما
يصلح لاحدهما لانه قد يتخذ لنفسه او للبيع فلا يصلح مرجحا وقال الحسن البصري المتاع كله للمراة وليس للرجل
الا ما عليه من ثياب بدنه لان المراة هي الساكنة فيه ولهذا التي تعد بيتها ويد صاحب البيت على ما في البيت اقوى
واظهر من يد غيره وفي الدعاوي تقدم صاحب اليد وقال ابن ابي ليلى المتاع كله للزوج كيف ما كان لان المراة في يد
الزوج وما في البيت ايضا يكون في يده وان كان البيت لها الا ترى انه صاحب البيت وان البيت يضاف اليه فصار بمنزلة
الموجر مع المستاجر اذا اختلفا في متاع المنزل فان القول للمستاجر لكونه مضافا اليه بالسكنى وليس للموجر سوى ما عليه
من ثياب بدنه فكذا هذا وهذه هي المسبعة وقد ذكرنا الاقاويل السبعة بحمد الله تعالى **قال** ولو احدهما مملوكا
فللحر في الحياة وللحي في الموت اي لو كان احد الزوجين مملوكا واختلفا في متاع البيت كان المتاع للحر في حال حياتهما
وللحي منهما بعد موت احدهما ايهما كان لان يد الحر اقوى لانها يد ملك ولا كذلك المملوك واما اذا مات
احدهما فلا يد للميت فخلت يد الحي عن المعارض فكان للحي منهما هكذا ذكر الحكم في الهداية والجامع الصغير
للصدر الشهيد وصدر الاسلام وشمس الائمة الحلواني وفخر الاسلام وقاضي خان وقال شمس الائمة السرخسي رحمه الله
في شرح الجامع الصغير وكذلك ان مات احدهما كان المتاع للحر منهما ثم قال وقع في بعض النسخ للحي منهما وهو غلط
وهذا على اطلاقه قول ابي حنيفة وقالا العبد الماذون له في التجارة والمكاتب كالحر لان لهما يدا معتبرة في
الخصومات ولهذا لو اختصم الحر والمكاتب في شيء وهو في ايديهما يقضى بينهما لاستوائهما في اليد ولو كان
في يد ثالث واقاما البينة استويا فيه حتى يقضى به بينهما فكذا في متاع البيت وابو حنيفة يقول ان يد
المملوك لا تكون مساوية ليد الحر فان يده يد نفسه من كل وجه ويد المملوك يد الغير وهو المولى من وجه

ولان يد الحر يد ملك حقيقة ويد المملوك ليست بيد ملك فكانت يد الحر اقوى فترجحت به في حق متاع البيت
الا ترى انها تترجح بالصلاحية فهذا اولى ان يترجح به بخلاف سائر الخصومات فانها لا تترجح بالصلاحية
فكذا لا تترجح بالحرية لان الظاهر هنا يشهد بالاستعمال فكانت الصلاحية والملك فيه اقوى دلالة عليه فترجحت
وبهذا يجاب عن قول من قال بقوله في استدلالهم على التنصيف باختلاف العطار والاسكاف في الة احدهما فيما تقدم

فصل قال قال المدعى عليه هذا الشيء اودعنيه او اجرنيه او اعارنيه فلان الغائب
او رهنه او غصبته منه وبرهن عليه دفعت خصومة المدعي لانه اثبت ببينته ان العين وصلت اليه
من جهة الغائب وان يده ليست بيد خصومة فصار كما لو اقر المدعي بذلك او اثبت ذو اليد اقراره به
والشرط اثبات هذه الاسباب دون الملك حتى لو شهدوا بالملك للغائب دون هذه الاسباب لم تندفع الخصومة
وبالعكس تندفع وقال ابن شبرمة لا تندفع الخصومة ولو اقام البينة لانه بظاهر يده صار خصما ولا
يخرج عنه باقامة البينة لان الملك لا يثبت بها للغائب لعدم الخصم عنه ولا ولاية لاحد في ادخال الشيء
في ملك غيره بغير رضاه وهو يريد ان يكون خصما في ضمن ثبوت الملك لغيره فلا يثبت المتضمن بدون اصله
كالوصية الثابتة في ضمن المبيع بالمحاباة تبطل ببطلان البيع فصار نظير ما لو ادعاها بعد هلاكها او ادعى
عليه الفعل كالغصب ونحوه وقال ابن ابي ليلى تندفع الخصومة باقراره للغائب من غير اقامة البينة لان
كلامه اقرار منه بالملك للغائب والاقرار موجب للحق بنفسه لخلوه عن التهمة فالتحق بالبينة فيثبت ما
اقر به بمجرد الاقرار الا ترى ان من اقر بعين لغائب ثم اقر بها لحاضر فرجع الغائب وصدقه يومر بالتسليم اليه
وكذا الصحيح لو اقر لغيره بشيء في مرضه فصدقه المقر له في مرضه كان اقراره اقرار الصحيح وكذا الوارث بشيء لشخص
غائب يقضي عليه به ويوخذ من ماله ولو لم يكن اقراره موجبا بنفسه لما كان كذلك ولانه لا يخلو اما ان
يكون صادقا او كاذبا فان كان صادقا فلا خصومة بينهما وان كان كاذبا فاقراره على نفسه صحيح فيثبت به
ان يده يد حفظ لا يد خصومة قلنا ان بينته اثبتت امرين الملك للغائب وهو ليس بخصم فيه فلا يثبت
ودفع الخصومة عن نفسه وهو خصم فيه فيثبت في حقه كالوكيل بنقل المراة او الامة اذا اقامت بينة على الطلاق
او العتاق تقبل في حق قصر يد الوكيل دون ثبوت الطلاق او العتاق على ما بينا من قبل فصار كان المدعي
اقر بذلك او اثبت اقراره به وهذا لان مقصود ذي اليد اثبات يد حافظة لنفسه لا اثبات الملك للغائب
وهو خصم في اثبات يده فيثبت دون الملك للغائب ولا يمكن دفعها بمجرد اقراره لان الخصومة توجهت عليه
بظاهر يده ولهذا يجبر بالخصومة ويوخذ منه الكفيل فلو يقدر على دفعها الا بحجة كما اذا ادعى احالة غريمه
على غيره ولان دفعها بلا بينة يودي الى التواء الحقوق لان احدا لا يعجز عنه وقوله وجب من ان يكون
خصما في ضمن ثبوت الملك لغيره الى اخره قلنا ثبوت الملك يتوقف على قبوله فيتوقف بموجبه واندفاع
الخصومة عينها فيتوقف عليه حتى اذا صدقه تبين ان ملكه كان ثابتا من وقت الاقرار وان يده كانت حافظة
لا يد خصومة ولهذا يومر بالتسليم الى المقر له اذا حضر ويعتبر حاله من الصحة والمرض في تلك الحالة
ويسلم القاضي المقر به الى المقر له اذا غاب المقر بعد اقراره عنده بخلاف ما اذا ادعى العين بعد هلاكها
عنده حيث لا تندفع الخصومة عنه وان اقام بينة على انها كانت وديعة عنده بالاتفاق لان المدعي بعد هلاك
العين يدعي عليه القيمة وهي في ذمته الا ترى ان القاضي يقضي بها على مودع الغاصب فلا يتبين ان ذمته كانت
لغيره وفي العين يتبين وبخلاف ما اذا ادعى الفعل عليه كالغصب وغيره لان ذا اليد صار خصما للمدعي باعتبار
دعوى الفعل عليه فلا تندفع الخصومة باقامة البينة ان العين لغيره الا ترى ان دعوى الفعل يجوز على غير
ذي اليد فلا تندفع بالتحويل ودعوى الملك لا تجوز فتندفع بالتحويل لانه صار خصما له باعتبار يده فاذا اثبت
بالبينة ان يده حافظة وليست يد خصومة اندفعت الخصومة فيه وقال ابو يوسف اخرا ان كان المدعي عليه

صلح فالجواب كما ذكرنا وان كان معروفا بالحيل والافتعال لا تندفع عنه الخصومة وان اقام بينة ان العين للغائب
لان المحتال من الناس ياخذ مال غيره غصبا ويدفعه سرا الى غريب يريد ان يغيب من البلدة ويواعده انه يرده
اليه على رؤس الاشهاد ليمكنه الاشهاد على ان هذا الشيء اودعه غيره عنده ما يدعيه صاحبه فيضيع بذلك حقه
فيجب على القاضي ان ينظر في احوال الناس ويعمل بمقتضى حالهم رجع الى هذا القول بعدما ولي القضاء وابتلي
بامور الناس وليس الخبر كالعيان وهذا كله فيما اذا قال الشهود نعرف صاحب المال وهو المودع او المعير باسمه
ونسبه ووجهه لان المدعي يمكنه ان يتبعه وان قالوا لا نعرفه بشيء من ذلك لا يقبل القاضي شهادتهم ولا
تندفع الخصومة عن ذي اليد بالاجماع لانهم ما احالوا المدعي على رجل معروف يمكن مخاصمته ولعل المدعي
هو ذلك الرجل ولو اندفعت لبطل حقه ولانه لو كان المدعي هو المودع لا يبطل وان كان غيره بطل فلا يبطل بالشك
ولاحتمال دفع الضرر عنه ولو قالوا نعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه لا تندفع الخصومة عند محمد لانها
توجهت عليه باليد فلا تندفع عنه الا اذا احاله على معروف يمكن الوصول اليه كيلا يتضرر المدعي والمعرفة بوجهه
فقط لا تكون معرفة الا ترى الى قوله عليه السلام لرجل اتعرف فلانا فقال نعم فقال هل تعرف اسمه ونسبه فقال لا
فقال اذا لا تعرفه وكذا لو حلف لا يعرف فلانا وهو لا يعرفه الا بوجهه لا يحنث فاذا لم يكن معروفا الا بوجهه عند
الشهود ولا يتمكن المدعي من اتباعه فيتضرر باندفاعها وعند ابي حنيفة تندفع الخصومة عنه لان ذا اليد
اثبت ببينته ان العين اخذها من غير المدعي وان يده يد حفظ اذ الشهود يعرفون المودع بوجهه ويقولون
انه غير هذا المدعي ومقصود ذي اليد اثبات يد حافظة وان العين ليست لهذا الخاص وهذه البينة كافية
لهذا المقصود وحصول الضرر للمدعي لعدم التمكن من اتباعه مضاف الى نفسه حيث نسي خصمه او الى شهوده
حيث لم يعرفوا الخصم خاصة ونحن نسلم انه بمثله لا يثبت التعريف ولكن ليس تعريف خصمه على ذي اليد
وانما عليه ان يثبت انه ليس بخصم وان يده يد حفظ وذلك يحصل بمثله ولا يحتاج فيه الى معرفته من كل وجه وينبغي
ان يكون على قول ابي يوسف على هذا التفصيل الذي ذكرناه وتسمى هذه المسئلة مخمسة كتاب الدعوى لان فيها
خمس صور من دعوى الوديعة والعارية وغيرهما او فيها اختلاف خمسة من الائمة وقد بيناه بحمد الله سبحانه وتعالى
قال رحمه الله وان قال ابتعته من الغائب او قال المدعي غصبته او سرق مني وقال ذو اليد اودعنيه فلان وبرهن عليه
لا اي لا تندفع الخصومة في هذه الصور وان اقام المدعى عليه بينة انه اودعه فلان لان ذا اليد في المسئلة
الاولى بدعواه الشراء من الغائب صار معترفا بان يده يد ملك فيكون خصما وفي المسئلة الثانية ان
المدعي لما قال لصاحب اليد غصبته مني صار هو ذو اليد خصما باعتبار دعوى الفعل عليه ولا يمكنه الخروج
عنها بالاحالة على غيره لان اليد في الخصومة فيها ليس بشرط حتى تصح دعواه على غير ذي اليد ولا تندفع الخصومة
بانتفاء يده حقيقة بخلاف دعوى الملك المطلق وقد ذكرناه من قبل ولو اقام الخارج البينة فقضي له به ثم
جاء المقر له الغائب واقام بينة على ذلك تقبل بينته لان الغائب لم يصر مقضيا عليه وانما قضي على ذي اليد
خاصة وفي المسئلة الثالثة قول المدعي سرق مني يكون دعوى الفعل عليه في المعنى استحسانا وانما جعله
بالبناء للمفعول لاجل الستر عليه كيلا تقطع يده فصار كانه قال سرقته مني وقال محمد تندفع الخصومة عنه
وهو القياس لانه لم يدع عليه الفعل فصار كما لو قال غصب مني على البناء للمفعول ووجه الاستحسان ما بيناه
وهذا بخلاف مسئلة الغصب لانه لم يدع عليه الفعل والتبس فيه ما يوجب الحد لان الحد لا يجب على فاعله
فلا يحتاج الى كشفه ولو ادعى انه اشتراها من ذي اليد وقبضها ونقد الثمن واقام ذو اليد البينة ان فلانا
اودعها اياه اندفعت الخصومة وان ادعى على ذي اليد فعلا لان المدعي عقدا استوفى احكامه فصار كالعدم
فكان كدعوى ملك مطلق حتى لو لم يشهدوا على قبضه لم تندفع قال رحمه الله وان قال المدعي ابتعته من فلان وقال
ذو اليد اودعنيه فلان ذلك سقطت الخصومة لاتفاقهما على ان اصل الملك لغير المدعي فيكون وصوله

الى يده من جهة غير المدعي ضرورة فلم يكن ذو اليد خصما ولا للمدعي اخذه من يده الا ان يقيم البينة ان فلانا وكله
بقبضه فياخذه لكونه احق بالحفظ ولو صدقه ذو اليد في ذلك لا يامره القاضي بالتسليم اليه حتى لا يكون
قضاء على الغائب باقراره وهي حجة قاصرة ولو قال ذو اليد اودعنيه وكيل فلان ذلك لا تندفع الخصومة الا ببينة
لان وصول الدار الى ذي اليد لم يثبت من جهة من اشترى هو منه لانكار ذي اليد ولا من جهة وكيله لانكار
المدعي وكذا لو اثبت بالبينة انه دفعها الى الوكيل ولم يشهدوا ان الوكيل دفعها الى ذي اليد بخلاف المسئلة
الاولى وهي مسئلة الكتاب لان وصول العين من جهة الغائب ثبت بتصادقهما باقرار ذي اليد فصار باقرار
المدعي ضرورة لان الشراء منه لا يصح ما لم يكن المبيع في يده والظاهر انه وصل اليه من جهته ولو قال ذو اليد ان فلانا
اودعني العين فقال المدعي كان اودعك اياها ثم وهبها مني او باعك اياها وانكر ذو اليد استحلف بالله
انه ما وهبها له ولا باعها منه فان نكل عن اليمين جعله خصما لان نكوله كاقراره بذلك وقد بينا ان اقراره
بالشراء اعتراف منه بانه خصم وان حلف لم يكن خصما ولا يحتاج الى اقامة البينة بالوديعة لاقرار المدعي بها

باب ما يدعيه الرجلان

قال رحمه الله برهنا على ما في يد اخر قضي لهما يعني اذا ادعى اثنان عينا في يد غيرهما
وزعم كل واحد منهما انها ملكه ولم يذكرا سبب الملك ولا تاريخه قضي بالعين بينهما لعدم الاولوية وعن الشافعي
انهما تتهاتران وعنه انه يقرع بينهما لان احد الطائفتين كاذبة بيقين لاستحالة ان يملك شخصان
عينا واحدة كل واحد منهما كلها فتعين التهاتر لعدم الاولوية كما في دعوى النكاح او المصير الى القرعة لما روي
انه عليه السلام اقرع بين رجلين تنازعا في امة واقام كل واحد منهما بينة انها له فقال اللهم انت تقضي بين
عبادك بالحق ثم قضى بها لمن خرج قرعته ولان القرعة لتعيين المستحق اصل في الشرع كما في القسمة وقال مالك
يقضي لاعدلهما بينة لان الشهادة تصير حجة بالعدالة فالاعدل اقوى حجة فلا يزاحمه الضعيف وقال الاوزاعي
يقضي لمن كان شهوده اكثر عددا لان طمانينة القلب الحاصلة به ارجح ولنا ما روي عن ابي موسى ان رجلين
ادعيا بعيرا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فبعث كل واحد منهما شاهدين فقسمه رسول الله صلى الله عليه وسلم
بينهما نصفين رواه ابو داود والنسائي واحمد رحمهم الله ولانهما استويا في سبب الاستحقاق وهو قابل للاشتراك
فيستويان في الاستحقاق كالموصى لهما بان اوصى لكل واحد منهما بالثلث فانه يقسم الثلث بينهما نصفين وكذا
الغريمان في التركة بخلاف النكاح لانه لا يقبل الاشتراك فتعين التهاتر ولان البينات من حجج الشرع فيجب العمل بها
ما امكن وقد امكن هنا لان الايدي قد تتوالى على عين واحدة في اوقات مختلفة فيعتمد كل فريق ما شاهد من
السبب المطلق للشهادة وهو اليد فيحكم بالتنصيف بينهما ولا يجوز الترجيح بكون الشهود اعدل لحصول المقصود
بالكل وهو الامتناع عن الكذب وكذا لا يجوز الترجيح بكثرة العدد لان الترجيح يكون بقوة في الدليل لا بكثرته
وعن ابي موسى ان رجلين اختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم في دابة ليس لواحد منهما بينة فجعلها بينهما
نصفين رواه ابو داود وما روي انه عليه السلام اقرع بينهما ان صح فهو محمول على انه كان في وقت كان القمار مباحا
ثم انتسخ بانتساخ القمار الا ترى ان القرعة لتعيين الاستحقاق بها لا يجوز لكونها قمارا فكذا التعيين المستحق
وانما يجوز في القسمة لتطييب القلوب ونفي التهمة لا للاستحقاق الا ترى ان للامام ان يقسم بلا قرعة فلا يكون
ذلك من باب القمار قال رحمه الله وعلى نكاح امراة سقطا وهي لمن صدقته او سبقت بينته يعني لو اقام اثنان
بينة على انه تزوج هذه المراة تهاترت البينتان لتعذر القضاء بهما اذ النكاح لا يقبل الاشتراك وهي زوجة
لمن صدقته منهما لان النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين فيرجع الى تصديقها فيجب اعتبار قولها ان
احدهما زوجها او سبقهما نكاحا الا اذا كانت في بيت احدهما او دخل بها احدهما فيكون هو اولى ولا يعتبر
قولها لان تمكنه من نقلها او من الدخول بها دليل على سبق عقده الا ان يقيم الاخر البينة انه تزوجها قبله
فيكون هو اولى لان الصريح يفوق الدلالة فلا يعتبر معه فصار نظير ما لو ادعى رجل نكاح امراة فاقام بينة

فحكم له به حتى لا يقبل دعوى احد النكاح فيها بعده لكونها اقوى لاتصال القضاء بها وهو المراد بقوله او سبقت
بينة احدهما لانها لما سبقت وحكم بها تاكدت فلا ينقض بغير المتاكدة الا اذا اثبتت الثانية ان نكاحه اسبق فحينئذ
يكون اولى لان الثابت بالبينة كالثابت عيانا فاصله انهما اذا تنازعا في امراة واقاما البينة فان ارخا وكان
تاريخ احدهما اقدم كان هو اولى وان لم يورخا او استوى تاريخهما فان كان مع احدهما قبض كالدخول بها او نقلها
الى منزله كان هو اولى وان لم يوجد شيء من ذلك يرجع الى تصديق المراة قال رحمه الله وعلى الشراء منه لكل نصفه ببدله
ان شاء اي لو اقام كل واحد من الخارجين بينة على الشراء من ذي اليد بلا تاريخ كان لكل واحد منهما نصفه بنصف
الثمن ان شاء وان شاء ترك لانهما لما استويا في السبب وجب على القاضي ان يقضي به بينهما لتعذر القضاء بكله
لكل واحد منهما على ما بينا فيتخير كل واحد منهما لتغير شرط عقده عليه فصار نظير الفضوليين اذا باع كل واحد منهما عبدا
من رجل واجاز المولى البيعين وهذا لانه لما جهل التاريخ جعل كانه باع كله من كل واحد منهما في وقت واحد حكما
وان لم يكن ذلك حقيقة او يحمل على ان البيع لكل واحد منهما صدر من وكيله وذلك ممكن في وقت واحد قال رحمه الله
وبابا احدهما بعد القضاء لم ياخذ الاخر كله اي لو قضى به القاضي بينهما وابى احدهما ان ياخذ المبيع بل اختار الفسخ
فليس للاخر ان ياخذ كله لانه صار في النصف مقضيا عليه فانفسخ البيع فيه وانما قلنا ذلك لانه ببينته استحق جميعه
وكان يسلم له لولا بينة صاحبه ولما قضى القاضي به بينهما صار مستحقا عليه وانفسخ البيع فلا يكون له اخذه بعد
الانفساخ بخلاف ما لو ترك احدهما قبل القضاء به بينهما حيث يكون للاخر ان ياخذ جميعه لانه اثبت ببينته انه
اشترى الكل وانما يرجع الى النصف بالمزاحمة ضرورة القضاء به بينهما ولم يوجد فصار نظير تسليم احد الشفيعين
فانه ان كان قبل القضاء فللاخر ان ياخذ كل المبيع وان كان بعده فليس له ان ياخذ الا النصف فانه يستحق بالسبب
كله والانقسام للمزاحمة ضرورة القضاء به بينهما على ما بينا قال رحمه الله وان ارخا فللسابق لانهما لما ادعيا الشراء من
ذي اليد اتفقا على انه مالك للمبيع ثم اثبت احدهما الشراء منه في وقت لا ينازعه فيه احد فاندفع به الاخر بخلاف
ما اذا ادعى كل واحد منهما الشراء من رجل اخر غير الذي يدعي الشراء منه الاخر حيث لا يترجح فيه صاحب التاريخ الاسبق
لان كل واحد منهما خصم عن بايعه في اثبات الملك له وملك بايعهما لا تاريخ فيه فصار كان البايعين حضرا او اثبتا
الملك لانفسهما مطلقا من غير تاريخ وكذا لو ارخت احداهما ولم تورخ الاخرى كان صاحب التاريخ اولى لانهما
اتفقا على ان الملك للبايع ولم يثبت الملك لهما الا بالتلقي منه وان شراءهما حادث والحادث يضاف الى اقرب الاوقات
الا اذا اثبت التاريخ فيثبت تقدمه فلهذا كان المورخ اولى بخلاف ما اذا اختلف بايعهما على ما بينا وبخلاف ما
اذا ادعيا الملك ولم يدعيا الشراء من ذي اليد حيث لا يكون صاحب التاريخ اولى عند ابي حنيفة ومحمد على ما بين
وقدمه من قريب ان شاء الله تعالى قال رحمه الله والا فلذي القبض اي ان لم يكن لهما تاريخ ومع احدهما قبض كان صاحب القبض
اولى لان تمكنه من قبضه دليل على سبق شرائه ولانهما استويا في اثبات الشراء من ذي اليد وترجح احدهما بالقبض
فلا ينقض قبضه المعاين المتحقق بالاحتمال والشك حتى لا ينقض بتاريخ الاخر ايضا لبقاء الاحتمال فيه الا اذا
ثبت شراؤه قبل شراء صاحب اليد فحينئذ يكون هو اولى لانقطاع الاحتمال وهذا بخلاف ما اذا اختلف بايعهما
ولاحدهما قبض حيث يكون فيه غير القابض اولى لانهما يحتاجان الى اثبات الملك لبايعهما اولا فاذا اجتمع فيه
في حق البايعين بينة الخارج وبينة ذي اليد كانت بينة الخارج اولى وفيما نحن فيه لا يحتاجان الى اثبات
الملك للبايع لثبوته بتصادقهما فكان المنظور اليه سبب الاستحقاق لهما فقط والسبب في حق القابض اقوى
لتاكده بالقبض قال رحمه الله والشراء احق من الهبة معناه اذا ادعى احدهما شراء من شخص وادعى الاخر هبة وقبضا
من ذلك الشخص بعينه واقاما البينة ولا تاريخ معهما كان الشراء اولى لانه اقوى لكونه معاوضة من الجانبين
ومثبتا للملك بنفسه بخلاف ما اذا اختلف المملك لهما او كان معهما تاريخ حيث لا يكون الشراء فيه اولى لانهما
عند اختلاف المملك يصير كل واحد منهما خصما عن مملكه لحاجته الى اثبات الملك وهما في ذلك سواء وفيما اذا اتحد

المملك لا يحتاجان الى اثبات الملك له لثبوته باتفاقهما وانما حاجتهما الى اثبات سبب الملك لانفسهما وفيه يقدم
الاقوى وفيما اذا كان معهما تاريخ والمملك لهما واحد كان الاقدم منهما تاريخا اولى لثبوت ملكه في وقت لا ينازعه فيه
احد بخلاف ما اذا كان المملك لهما مختلفا حيث لا يعتبر فيه سبق التاريخ على ما نبينه من قريب ان شاء الله تعالى
وكذا الشراء مع الصدقة وجميع ما ذكرنا من الاحكام لما بينا من المعنى ودعوى الهبة والصدقة مع القبض فيهما سواء
لاستوائهما في وجه التبرع ولا ترجيح للصدقة باللزوم لان اثر اللزوم يظهر في ثاني الحال وهو عدم التمكن من الرجوع في
المستقبل والترجيح يكون بمعنى قائم في الحال ولان الرجوع انما امتنع لحصول المقصود بها وهو الاجر لا القوة في السبب
ولو حصل المقصود بالهبة لا يرجع ايضا كما اذا كانت لذي رحم محرم او عوضه الموهوب له عنها والصدقة قد لا تكون لازمة
بان كانت لغني وهذا فيما لا يحتمل القسمة من غير خلاف لان الشيوع لا يضره واختلفوا فيما يحتمل القسمة والاصح انه لا يصح
لانه تنفيذ الهبة في الشائع فصار كاقامة البينتين على الارتهان وقيل هذا قول ابي حنيفة وعندهما يجوز بناء على ان
هبة الواحد من اثنين جائز عندهما خلافا له وهذا لان الملك يستفاد بقضاء القاضي وقضاؤه كهبة الواحد من اثنين
وقيل يجوز بالاجماع لان الشيوع طارئ اذ كل واحد منهما اثبت قبض الكل ثم حصل الشيوع بعد ذلك وذلك لا يمنع
صحة الهبة والصدقة والاصح انه لا يجوز بالاجماع لانا لو قضينا لكل واحد منهما بالنصف فانما يقضي له بالعقد
الذي شهد به شهوده وعند اختلاف العقدين لا يجوز الهبة من الرجلين بالاجماع وهذا فيما اذا لم توقت
البينتان ولم يكن مع واحد منهما قبض واما اذا وقتا فصاحب الوقت الاقدم اولى وان لم يوقتا ومع احدهما قبض
كان هو اولى وكذا ان وقت صاحبه على ما بينا في الشراء من ذي اليد قال رحمه الله والشراء والمهر سواء يعني اذا ادعى
احدهما شراء عين من رجل وادعت المراة ان ذلك الرجل تزوجها على ذلك العين فهما سواء لاستواء البينتين
في القوة لان كل واحد منهما عقد معاوضة ومثبت للملك بنفسه بخلاف الهبة والبيع على ما بينا ثم للمراة نصف
العين ونصف قيمة العين على الزوج لاستحقاق نصف المسمى وللمشتري نصف العين ويرجع بنصف الثمن ان شاء
وان شاء فسخ البيع لتفرق الصفقة عليه وهذا عند ابي يوسف وقال محمد رحمه الله الشراء اولى ولها على الزوج قيمة
العين لان العمل بالبينتين ممكن فيصار اليه اذ البينة من حجج الشرع والعمل بها مهما امكن واجب وقد امكن
العمل بهما بتقديم الشراء اذ النكاح على عين مملوكة للغير جائز وتجب قيمته عند تعذر تسليمها بخلاف العكس
لان تقديم النكاح مبطل للبيع اذ لا يجوز بيع ملك الغير من غير اجازة المالك قلنا المقصود من السبب حكمه
وحكم النكاح ملك المسمى فيه ومتى قدرنا متاخرا لم يوجب حكمه فلا يصار اليه كما لا يصار الى تاخير الشراء فيجعل
كانهما وقعا معا وهما سواء في افادة ملك العين فلا يقدم احدهما على الاخر كدعوى الشراء منهما بل القياس
ان يكون النكاح اولى من الشراء لانه اقوى الا ترى انه يفيد ملك العين المتصرف بنفس العقد ولا يبطل بالهلاك
قبل التسليم الا انا سوينا بينهما لما ذكرنا ولان فيما قاله محمد رحمه الله اثبات تاريخ لم يشهد به وهو لا يمكن
اثباته الا بحجة قال رحمه الله والرهن احق من الهبة يعني لو ادعى احدهما رهنا وقبضا والاخر هبة وقبضا
من ذي اليد واقاما البينة ولم يكن مع واحد منهما تاريخ ولا قبض كان الرهن اولى وهذا استحسان
والقياس ان تكون الهبة اولى لانها تثبت الملك والرهن لا يثبته فكانت البينة المثبتة للزيادة
اولى وهذا رواية كتاب الشهادات وجه الاستحسان ان الرهن مضمون والهبة امانة
والمضمون اقوى فكان اولى بخلاف الهبة بشرط العوض لانها بيع انتهاء والبيع اولى لكونه عقد
ضمان يثبت الملك للحال صورة ومعنى والرهن لا يثبته الا عند الهلاك معنى لا صورة قال رحمه الله
ولو برهن الخارجان على الملك والتاريخ او على الشراء من واحد فالاسبق احق اي لو اقام الخارجان
البينة على الملك المطلق والتاريخ او على الشراء من واحد غير ذي اليد وعلى التاريخ كان اسبقهما تاريخا
اولى فيهما اما الاول فالمراد به ما ذكره في اول الباب وانما اعاده هنا لاجل ذكر التاريخ وانما كان اسبقهما

تاريخا فيها اولى لانه اثبت ملكه في وقت لا ينازعه فيه احد وجعل الكرخي هذا القول متفقا عليه لان دعوى
ملك مطلق دعوى التملك من جهة المدعى عليه لان ما يستحقه على ذي اليد من الملك الثابت بظاهر يده سو (وهو رواية)
يعتبر استحقاقا للملك على ذي اليد فيكون متملكا من جهته والتاريخ معتبر في دعوى الملك فصار كما لو ادعيا
التملك بالشراء من جهة المدعى عليه وجعل صاحب الامالي ان هذا قول ابي حنيفة وقول محمد اولا وهو قول ابي يوسف
اخرا وفي قول محمد اخرا وهو قول ابي يوسف اولا هو بينهما لانه لا عبرة للتاريخ في دعوى الملك المطلق
لانه دعوى اولية الملك المطلق معنى حتى يستحق بزوائده المنفصلة كالنتاج والمقصود من اثبات التاريخ انما
زيادة الاستحقاق على خصمه ليترجح بينته على بينة الخصم فاثبات زيادة الاستحقاق لا تتصور في دعوى
اولية الملك فكان المتقدم والمتاخر سواء ولو ارخت احداهما دون الاخرى فهما سواء عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف
المورخ اولى وقال محمد المبهم اولى لان البينة على الملك المطلق تدل على الملك من الاصل على ما بينا الا ترى انه
يستحق به الاولاد والاكساب وملك الاصل اولى من التاريخ ولابي يوسف ان المورخ ملكه متيقن في ذلك الوقت
ولم يتيقن بملك الاخر فكان المتيقن اولى من المحتمل فصار نظير ما لو ادعيا الشراء من واحد ولابي حنيفة رحمه الله
ان المبهم يحتمل ان يكون اقدم فلا يترجح المورخ مع الاحتمال بخلاف ما اذا ادعيا الشراء من واحد لانهما اتفقا
على الحدوث فيضاف الى اقرب الاوقات فاذا لم يورخ فاذا ارخ دل على سبق ملكه فيترجح به على الاخر ولو لم يورخ
واحد منهما فهما سواء على ما ذكرنا في اول الباب وكذا اذا ارخا تاريخا واحدا لعدم المرجح واما الثانية
فانهما لما ادعيا من شخص واحد فقد اتفقا على ان الملك لمن ثبت منهما التلقي من جهته في زمان لا يزاحمه فيه
احد كان اولى لاتفاقهما على ان الملك لا يثبت الا بالتلقي منه بخلاف ما اذا كان كل واحد منهما يدعي الشراء من شخص
اخر غير الذي يدعي منه صاحبه الشراء على ما يجيء من قريب ولو لم يورخا فهما سواء وان ارخت احداهما دون الاخرى
فالمورخ اولى لما بينا وان كان مع احدهما قبض كان هو اولى ولو ارخ الاخر ما لم يثبت انه اقدم تاريخا في اصله
ان هذه المسئلة مثل المسئلة المتقدمة وهي ما اذا ادعيا الشراء من ذي اليد في جميع ما ذكرنا من الاحكام
حتى اذا ادعى احدهما الشراء والاخر الهبة والقبض او ادعى احدهما الشراء والاخر المهر او احدهما الرهن
والاخر الهبة كان الجواب فيها في جميع صورها كالجواب في تلك على ما بينا والجامع بينهما ان المدعيين
في المسئلتين اتفقا بدعواهما الشراء من شخص واحد على ان الملك كان له وان الملك لغيره لا يثبت الا بالتلقي
منه فكان حكمهما واحدا قال رحمه الله وعلى الشراء من اخر وذكرا تاريخا استويا يعني لو اقام كل واحد منهما بينة
على الشراء من رجل غير الذي يدعي الشراء منه صاحبه كانا سواء حتى يكون بينهما نصفين سواء كان تاريخ
احدهما اقدم او لم يكن لان كل واحد منهما يثبت الملك لبائعه وملك بائعه مطلق ولا تاريخ فيه فيثبت لكل
واحد منهما من البائعين ملك مطلق فيكون بينهما فصار كما اذا حضر البائعان وادعيا الملك من غير تاريخ
وكذا لو ذكر احدهما تاريخا دون الاخر فهما سواء لانه لا يترجح بالتقدم حقيقة فكيف يترجح بالاحتمال بخلاف
ما اذا كان المملك لهما واحدا حيث يكون اقدمهما تاريخا اولى لان ملك بائعهما يثبت باقرارهما
فلا يتصور التملك الا من جهته فاذا ملكه لاحدهما خرج عن ملكه فكان البيع الثاني من غير مالك فلا
يجوز وكذا لو ارخ احدهما كان المورخ اولى به لما ذكرنا من قبل ولو ادعى شخص هبة وقبضا من رجل
وادعى اخر شراء من غيره وادعى ثالث ميراثا من غيرهما وادعى رابع صدقة وقبضا من غيرهم واقاموا
البينة قضي بينهم ارباعا سواء كان معهم تاريخ او مع بعضهم او لم يكن لما ذكرنا انهم يتلقون
الملك لملكهم وذلك لا تاريخ فيه ولا يتقدم الا قوى هنا لما ذكرنا من قبل قال رحمه الله ولو برهن الخارج
على ملك مورخ وتاريخ ذي اليد اسبق او برهنا على النتاج او سبب ملك لا يتكرر او الخارج على الملك
وذو اليد على الشراء منه فذو اليد احق يعني في المسائل الثلاث اما في الاولى فلما ذكر قول ابي حنيفة

وابي يوسف ورواية عن محمد ثم رجع عنه فقال لا تقبل بينة ذي اليد في الملك المطلق اصلا لان البينة في
الملك المطلق تثبت اولية الملك فيستوي فيهما التقدم والتاخر فصار كانهما قامتا على الملك المطلق بخلاف
ما اذا ذكر السبب كالشراء ونحوه لانهما يثبتان الحدوث وفيه الاقدم اولى ما لم يدع المتاخر التلقي من جهة المتقدم
وجه قولهما ان البينة مع التاريخ تدفع ملك غيره في وقت التاريخ وبينة ذي اليد على الدفع مقبولة
فلا يثبت الملك لغيره بعده الا بالتلقي من جهته وهو لم يدع ذلك ولو استوى تاريخهما او لم يكن معهما تاريخ
او كان مع احدهما دون الاخر كان الخارج اولى لان بينته تثبت غير الظاهر وبينة ذي اليد لا تثبت غير ما ظهر
باليد والبينات للاثبات فكانت بينة الخارج اولى ما لم يثبت ذو اليد التقدم عليه صريحا بلا احتمال وفيما
اذا ارخت بينة ذي اليد وحدها خلاف ابي يوسف فانه يقول بينة ذي اليد اولى فيها وهو رواية عن ابي حنيفة
لان ملكه ثبت في وقت متقدم بيقين وملك الاخر محتمل فلا يزاحم المتيقن فصار كما اذا ارخت احداهما في
دعوى الشراء من احد قلنا بينة ذي اليد لا تقبل الا اذا تضمنت الدفع ولم تتضمن هنا لاحتمال ان يكون ملك
الخارج اقدم بخلاف ما اذا ادعيا الشراء من واحد حيث يكون صاحب اليد اولى في الصور كلها الا اذا ارخا وكان
تاريخ الخارج اقدم لان تمكنه من القبض يدل على سبقه على ما بينا ولو كان المدعى في ايديهما وارخا كانت
اقدمهما تاريخا اولى عندهما لما بينا ان بينة ذي اليد مقبولة عندهما للدفع وعند محمد هو بينهما لانه
لا يعتبر الوقت في الملك المطلق ولو ارخت احداهما دون الاخرى والمسئلة على حالها كان بينهما عند ابي حنيفة
ومحمد لان ابا حنيفة لا يعتبر التاريخ من احد الجانبين في الملك المطلق للاحتمال على ما بينا ومحمد لا يعتبره
بالكلية فيكون بينهما وعند ابي يوسف هو للمورخ منهما لان تاريخ الواحد معتبر عنده لتيقن ملكه في ذلك
الوقت واحتمال الاخر على ما بينا فيترجح بالتيقن واما الثانية وهي ما اذا اقاما البينة على النتاج او على سبب
اخر لا يتكرر فلان بينتهما قامتا على ما لا يدل عليه اليد فاستويا في الاثبات وترجحت بينة صاحب اليد باليد
فيقضى له به ولا عبرة للتاريخ لان اولية الملك تتنوع عن كل تاريخ فلا يفيد ذكره من احدهما او منهما اتفق التاريخان
او اختلفا ما لم يذكر تاريخا مستحيلا بان لم يوافق سن المدعى والقياس ان يكون الخارج اولى لانهما استويا
في اثبات اولية الملك وترجح الخارج باثباته ما لا يدل عليه اليد وهو الملك لنفسه فكان اولى وبه قال
ابن ابي ليلى وقال عيسى بن ابان تتهاتر البينتان ويترك في يد ذي اليد لا على وجه القضاء لان احدهما كاذب
بيقين لاستحالة نتاج دابة من دابتين فصار نظير الشهادة بالقتل في مكانين وجه الاستحسان ما روي انه عليه
السلام قضى لذي اليد بناقة بعدما اقام الخارج بينة انها ناقته نتجها واقام ذو اليد البينة انها ناقته
نتجها ولان اليد لا تدل على اولية الملك فكان مساويا للخارج فيها في دعوى النتاج فباثباتها يندفع الخارج
وبينة صاحب اليد مقبولة للدفع الا ترى انهما لو ارخا في دعوى الشراء وبينة ذي اليد اقدم تقبل بالاجماع
وكذا في الملك المطلق عند ابي حنيفة وابي يوسف لما فيهما من تضمن معنى الدفع فكذا هنا ولا يلزم ما اذا ادعى
الخارج الفعل على ذي اليد كالغصب والاجارة والعارية حيث تكون بينة الخارج اولى وان ادعى ذو اليد
النتاج لان بينة الخارج في هذه الصورة اكثر اثباتا لانها تثبت الفعل على ذي اليد وهو الغصب واشباهه
اذ هو غير ثابت اصلا واولية الملك ان لم يكن ثابتا باليد فاصل الملك ثابت بها ظاهرا فكان ثابتا باليد من وجه
دون وجه فكان اثبات غير الثابت من كل وجه اولى اذ البينة للاثبات وما قاله عيسى غير صحيح لان محمدا
ذكر في خارجين اقام كل واحد منهما البينة على النتاج انه يقضى به بينهما ولو كان الطريق ما قاله هو
لتهاترا وكذا لو كانت الشاة المذبوحة في يد احدهما والسواقط في يد الاخر واقام كل واحد منهما البينة
على النتاج يقضى بها وبالسواقط لمن في يده اصل الشاة ولو كان الطريق ما ذكره لترك في يد كل واحد منهما
ما في يده وثمرة ما قاله تظهر في التحليف لانهما اذا تهاترا يصار الى التحليف ولو اقام الخارج البينة انه اشتراه

من فلان وانه ولد عنده واقام ذو اليد البينة انه اشتراه من فلان اخر وانه ولد عنده كان ذو اليد اولى
لان كل واحد منهما خصم في اثبات نتاج بايعه كانه حضر في اثبات الملك له ولو حضر البايعان واقاما البينة
على النتاج كان صاحب اليد اولى فكذا من قام مقامهما ولو اقام احدهما على الملك والاخر على النتاج كان صاحب
النتاج اولى ايهما كان لانه يثبت اولية الملك وبعد لا يملكه غيره الا بالتلقي من جهته وكذا لو كان الدعوى
بين الخارجين لما ذكرنا ولو قضى بالنتاج لصاحب اليد ثم اقام ثالث البينة على النتاج يقضي له الا ان يعيدها
ذو اليد لان الثالث لم يصر مقضيا عليه بخارية ان يدعيه وكذا المقضي عليه بالملك المطلق لو اقام البينة على
النتاج تقبل بينته وينقض القضا لان الخارج لم يستحق على ذي اليد شيئا لان ملك ذي اليد يثبت بالنتاج صريحا
وبعد ما ثبت الملك له به لا يتصور ان يكون الخارج بذلك السبب لان النتاج لا يتكرر فلا يمكن ان يجعل
ما استحقه الخارج من الملك الثابت لذي اليد بظاهر اليد مستحقا على ذي اليد بخلاف دعوى الملك المطلق لانه
كما يحتمل ان يكون له من الاصل يحتمل ان يكون له من جهة صاحب اليد فامكن ان يجعل ما استحقه الخارج من
الملك الثابت لذي اليد بظاهر اليد مستحقا على ذي اليد فجعل كذلك في حق ترجيح بينة الخارج على بينة ذي
اليد فاذا لم يصر مقضيا عليه في حق النتاج تقبل بينته كما تقبل بينة الاجنبي لانه بمنزلة نص نزل بخلاف
ما اذا ادعى ذو اليد الملك المطلق حيث لا يحكم له به للاحتمال الذي ذكرنا انقاضا الاصل ان من صار مقضيا
عليه فهاد به لو يقضى له فيها الا قضى له فيها دعواه وسبب ملك لا يتكرر معناه كل سبب لا يتكرر في الملك
اذا ادعاه صاحب اليد كان حكمه كحكم النتاج في جميع ما ذكرنا من الاحكام وذلك مثل حلب اللبن واتخاذ الجبن واللبد
وجز الصوف والمرعزا وغزل القطن والكتان ونسج الثوب من غزلهما وان كان يتكرر قضي به للخارج وهو مثل
الخز والبنا والغرس وزراعة الحنطة والحبوب لان ثوب الخز والصوف والشعر اذا بلي ينقض ويغزل مرة
اخرى ثم ينسج فيحتمل ان ذا اليد نسجه ثم غصبه الخارج ونقضه ثم نسجه فيكون ما لكا بهذا الطريق فلم
يكن في معنى النتاج بل بمنزلة الملك المطلق وكذا غيره لان البنا والغرس وحالنا اغتر يتاتى فيها التكرار وان اشكل
عليهم يسال عدول اهل الخبرة بذلك لقوله تعالى فاسالوا اهل الذكر ان كنتم لا تعلمون والواحد منهم يكفي
والاحوط اثنان وان اشكل عليهم قضي به للخارج لانه الاصل والعدول عنه بخبر النتاج فلا يلحق به الا ما هو
في معناه من كل وجه بشرط ان يبين في الدعوى نصا ان ذلك السبب وجد في ملكه حتى اذا قال كل واحد منهما
او ذو اليد وحده نسجت هذا الثوب او نتجت هذه الدابة عندي كان الخارج اولى لان الانسان ينسج لغيره وتلد
دابة الغير عنده فلم يكن فيه دلالة على ان الثوب نسجه في ملكه وان الدابة ولدت في ملكه فبقي دعوى مطلق الملك
وفيها الخارج اولى ولا تقبل بينة ذي اليد فيه حتى ينص عليه ويقول نسجته في ملكي او نسج في ملكي وهو ولدت
الدابة في ملكي وعلى هذا لو قال هذا جبني اتخذته انا او قال اللبن الذي اتخذ منه هذا الجبن ملكي او الشاة التي
حلب منها لبنه ملكي كان الخارج اولى لما ذكرنا ولو قال اتخذته في ملكي او حلب لبنه في ملكي كان ذو اليد اولى
وعلى هذا لو اقام الخارج البينة ان فلانا القاضي قضى له بها بالبينة واقام ذو اليد انها نتجت في ملكه كان ذو اليد
اولى عند محمد رحمه الله لما ذكرنا وعندهما الخارج اولى لان القضا صحيح ظاهرا ويحتمل انه اشتراه من ذي اليد فلا ينقض
قضاؤه ما لم يظهر خطاؤه بيقين واما الثالثة وهي ما اذا اقام الخارج البينة على الملك واقام ذو اليد البينة
على الشرا منه فلان الخارج اثبت الملك لنفسه ببينته واثبت ذو اليد التلقي منه فكان له حكم التلقي منه وكاقراره
بانه له في ضمن دعوى الشرا منه لا يمنع صحة دعواه وقبول بينته كما اذا اقر له بالملك صريحا ثم ادعى بعد ذلك
انه اشتراه منه في زمان يمكن الشرا منه لانه لا تنافي اذ التوفيق ممكن قال رحمه الله ولو برهن كل على الشرا من الاخر
ولا تاريخ سقطا وتترك الدار في يدي ذي اليد اي لو اقام كل واحد من الخارج وذي اليد او الخارجين او ذوي
الايدي البينة على الشرا من صاحبه ولا تاريخ لهما تهاترت البينتان وتترك المدعى في يدي ذي اليد على وجه القضا

وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد ان كانت في يد احدهما يقضي بالبينتين وتكون للخارج لامكان العمل بهما
فيجعل ذو اليد مشتريا من الخارج وقبضه ثم باعه منه ولم يقبضه فيومر بالدفع اليه لان تمكنه من القبض دلالة
السبق على ما مر ولا ينعكس لان البيع قبل القبض لا يجوز وان كان في العقار عنده ولهما ان الاقرار بالشرا من صاحبه
اقرار منه بالملك له فصار بينة كل واحد منهما كانها قامت على اقرار الاخر وفيه التهاتر بالاجماع لتعذر الجمع
فكذا هذا ولانه يلزم من القضا بهما القضا لذي اليد بمجرد السبب من غير ان يترتب عليه حكمه وهو الملك
وذلك باطل لانه يودي الى بطلان السبب اذ السبب لم يشرع الا لحكمه فاذا لم يفد حكمه لم يكن مشروعا كطلاق
الصبي وعتاقه فاذا لم يكن مشروعا خرج من ان يكون سببا لان سببيته بالشرع وانما قلنا ذلك لانه لا يمكن
الحكم لذي اليد الا بملك مستحق فيلزم منه القضا له بمجرد السبب وانه لا يجوز ثم لو شهدت البينتان بقبض
الثمن تقاصا ان كان الثمن من جنس واحد ويتساويا وان كان احدهما اكثر رجع بالزيادة وان اختلفا جنسا
رد كل واحد منهما ما قبض لانه مضمون عليه وان لم يشهدوا بقبض الثمن لا يتاتى القصاص عندهما لعدم الوجوب
وعند محمد يتاتى لوجوبه عنده ولو شهد الفريقان بالبيع وقبض المبيع تهاترت البينتان بالاتفاق لتعذر التوفيق
اما عندهما فظاهر على ما بينا واما عند محمد فلان البيعين وان كانا جايزين لوجودهما بعد القبض لكن ليس فيهما
ذكر التاريخ ولا دلالته حتى يجعل احدهما سابقا على الاخر لاحقا بخلاف ما اذا لم يذكر القبض المبيع لانه امكن ان
يجعل شرا ذي اليد متقدما للدلالة اليد على ما بينا وهكذا ذكر صاحب الهداية قول محمد في هذه الصورة وذكر في
المحيط انه يقضي بهما عنده فيجعل القبض المعاين اخر القبضين ويجعل ذو اليد اخر المشتريين كان الخارج اشترى
وقبض ثم باعها من ذي اليد وقبض فيقضي بالدار له ومثله في الجامع شرح الكرخي والمبسوط والمختلف وان
وقتت البينتان في العقار ولم يثبتا قبضا فان كان وقت الخارج اسبق يقضى بها لصاحب اليد عندهما فيجعل
كان الخارج اشترى اولا ثم باع قبل القبض من صاحب اليد وهو جايز في العقار عندهما وعند محمد يقضي للخارج لانه
لا يصح بيعه قبل القبض فيبقى على ملكه وكان ينبغي ان يقضى بها لذي اليد عنده ايضا فيجعل الخارج كانه قبضها ثم باعها
من بايعه وجود ذي اليد تصحيحا للعقد وان اثبتا قبضا يقضى بها لصاحب اليد بالاجماع لان البيعين جايزان على
القولين لان الخارج باعها من بايعه بعد ما قبضها وذلك صحيح وان كان وقت صاحب اليد اسبق يقضى بها
للخارج سواء شهدوا بالقبض او لم يشهدوا لان صاحب اليد قابض وقد اثبت شراءه سابقا فيجعل كانه اشترى
اولا ثم اشهد به شهوده ثم باعها من بايعه وهو الخارج فيجعل على انه لم يسلم اليه ان لم يشهدوا بالقبض او سلم اليه
ثم عاد اليه بسبب اخر ان شهدوا بالقبض قال رحمه الله ولا يرجح بزيادة عدد الشهود معناه ان احد الخصمين
اذا اقام شاهدين والاخر اكثر لا يرجح بكثرة شهوده لان الترجيح يكون بقوة في العلة لا بكثرة العلل لان ما يصلح دليلا
مستقلا لا يصلح للترجيح وانما يرجح بالوصف ولهذا لا ترجح الاية باية اخرى ولا الخبر بالخبر وانما يرجح بقوة فيهما
بان كان احدهما متواترا والاخر من الاحاد او كان احدهما مفسرا والاخر محتملا فيترجح المفسر على المحتمل والمتواتر على
الاحاد لقوة وصف فيه وكذا لا يرجح احد القياسين بالقياس لما ذكرنا قال رحمه الله دار في يد اخر ادعى رجل نصفها واخر
كلها وبرهنا فللاول ربعها والباقي للاخر لان مدعي الكل لا ينازعه احد في النصف فسلم له من غير منازع ثم استوت
منازعتهما في النصف الاخر فيكون بينهما فسلم لمدعي الكل ثلاثة الارباع ولمدعي النصف سلم له الربع وهذا بطريق
المنازعة وهو قول ابي حنيفة وقالا يقسم الدار بينهما اثلاثا فالثلثان لمدعي الكل والثلث لمدعي النصف لان مدعي
الكل يدعي النصفين والاخر النصف الواحد وليس لشي واحد ثلاثة انصاف فيقسم بينهما اثلاثا على قدر حقهما
وهذا بطريق العول ولهذا نظاير واضداد بينها مختصرا فنقول اعلم ان جنس القسمة على اربعة انواع نوع
منها يقسم بطريق العول اجماعا وهي ثمان مسائل الميراث والديون والوصية بما دون الثلث اذا اجتمعت وزادت
على الثلث والمحاباة والدراهم المرسلة والسعاية والعبد اذا قتل عين رجل وقتل اخر خطأ فدفع بهما والمدبر

ونوع منها ما يقسم بطريق المنازعة

اذا جنى على هذا الوجه فدفعت قيمته بعما ونوع منها ما يقسم بطريق المنازعة اجماعا وهي مسئلة واحدة فضولي باع عبدا لغيره من رجل وفضولي اخر باع نصفه من اخر فاجاز المولى البيعين فاختار المشتريان الاخذ يكون للمشترى الكل ثلثة ارباعه وللمشترى النصف الربع بطريق المنازعة عند ابي حنيفة وعندهما بطريق العول وهي ثلاث مسائل احدها ان ادعى احدهما نصف الدار والاخر كلها وهي مسئلة الكتاب والثانية اذا اوصى لرجل بجميع ماله ولاخر بنصف ماله واجازت الورثة والثالثة اذا اوصى لرجل بعبد بعينه ولاخر بنصف ذلك العبد وليس له مال غيره ومنها ما يقسم بطريق العول عند ابي حنيفة وعندهما بطريق المنازعة وهي خمس مسائل احدها عبد ماذون لحقه التجارة بين رجلين اذا دانه احدهما مائة وادانه اجنبي مائة فدين المولى يسقط نصفه لاستحالة وجوب الدين على عبده ويثبت نصفه الذي في نصيب شريكه فاذا بيع بالدين يقتسمان الثمن على الخلاف الذي ذكرنا والثانية اذا ادانه اجنبيان احدهما مائة والاخر مائتين يقتسمان ثمنه على هذا والثالثة عبد قتل رجلا خطاء واخر عمدا وللمقتول عمدا وليان فعفا احدهما فدفع بهما كان بينهما على الخلاف والرابعة لو كان الجاني مدبرا على هذا الوجه فدفعت قيمته كانت بينهما كذلك والخامسة ام ولد قتلت مولاها واجنبيا عمدا ولكل واحد منهما وليان فعفا احد وليي كل واحد منهما على التعاقب فانها تسعى في ثلثي قيمتها تقسم بين الساكتين فيعطى الربع لشريك العافي اخرا والنصف الاخر بينه وبين شريك العافي اولا اثلاثا ثلثاه لشريك العافي اولا والثلث لشريك العافي اخرا عنده وعندهما ارباعا ثم الاصل عنده ان القسمة متى وجبت لحق ثابت في الذمة او لحق ثابت في العين على وجه الشيوع في البعض دون الكل كانت القسمة عولية ومتى وجبت القسمة لحق ثابت على وجه التمييز او كان حق احدهما في البعض الشايع وحق الاخر في الكل كانت القسمة على المنازعة والاصل عندهما ان الحقين متى ثبتا على الشيوع في وقت واحد كانت القسمة على العول وان ثبتا على التمييز او في وقتين كانت القسمة على المنازعة وبيان طرق هذه المسائل وتخريجها على هذه الاصول وتمام تفريعها مذكورة في شرح الزيادات لقاضيخان

قال رحمه الله ولو كانت في ايديهما فهي للثاني اي لو كانت الدار في ايدي المدعيين والمسئلة بحالها كانت كلها لمدعي الكل لان مدعي النصف تنصرف دعواه الى ما في يده لتكون يده محقة لان حمل امور المسلمين على الصحة واجب ولولا ذلك لكان ظالما بالامساك فاقتصرت دعواه على ما في يده ولا يدعي شيئا مما في يد صاحبه ومدعي الكل يدعي ما في يد نفسه وما في يد الاخر ولا ينازعه احد فيما في يده فيترك في يده لا على وجه القضاء واستوت منازعتهما فيما في يد صاحبه فكانت بينته اولى لانه خارج فيه فيقضى له في ذلك النصف فسلم له الكل نصفها بالترك لا على وجه القضاء والنصف الاخر بالقضاء

قال رحمه الله ولو برهنا على نتاج دابة وارخا قضي لمن وافق سنها تاريخه لان علامة الصدق ظهرت فيمن وافق تاريخه سنها فترجحت بينته بذلك وفي الاخرى ظهرت علامة الكذب فيجب ردها ولا فرق في ذلك بين ان تكون الدابة في ايديهما او في يد احدهما او في يد ثالث لان المعنى لا يختلف بخلاف ما اذا كانت الدعوى في النتاج من غير تاريخ حيث يحكم بها للذي اليد ان كانت في يد احدهما ولهما ان كانت في ايديهما او في يد ثالث

قال رحمه الله وان اشكل ذلك فلهما اي ان اشكل سن الدابة في موافقة احد التاريخين يقضى لهما بها لان احدهما ليس باولى بها من الاخر وهذا اذا كانا خارجين بان كانت الدابة في يد ثالث وكذا اذا كانت في ايديهما وان كانت في يد احدهما قضي بها لصاحب اليد لانه لما اشكل الامر سقط التاريخان فصار كانهما لم يورخا وان خالف سن الدابة التاريخين بطلت البينتان لانه ظهر كذب الفريقين فيترك في يد من كانت في يده والاصح انهما لا يبطلان بل يقضى بها بينهما ان كانا خارجين او كانت في ايديهما وان كانت في يد احدهما يقضى بها لذي اليد لان اعتبار ذكر الوقت لحقهما وحقهما هنا في اسقاط اعتباره لان في اعتباره اسقاط حقهما فلا يعتبر فصار كانهما ذكرا النتاج من غير تاريخ وفيه صاحب اليد اولى ان كانت في يد احدهما والا فهي بينهما كما اذا اشكل في موافقة سنها احد التاريخين وهكذا ذكره محمد رحمه الله وكذا ذكره الحاكم

وهو قول

١٢٢

وهو قول بعض المشايخ وليس بشيء

قال رحمه الله برهن احد الخارجين على الغصب والاخر على الوديعة استويا معناه اذا كان عين في يد رجل فاقام رجلان عليها البينة احدهما بالغصب والاخر بالوديعة استوت دعواهما حتى يقضى بها بينهما نصفان لان الوديعة تصير غصبا بالجحود حتى يجب عليه الضمان ولا يسقط بالرجوع الى الوفاق بخلاف ما اذا خالف بالفعل من غير جحود على ما نبينه في موضعه ان شاء الله تعالى

قال رحمه الله والراكب واللابس احق من اخذ اللجام والكم معناه اذا تنازعا في دابة احدهما راكبها والاخر متعلق بلجامها او تنازعا في قميص احدهما لابسه والاخر متعلق بكمه كان الراكب واللابس اولى من المتعلق باللجام والكم لان تصرفهما اظهر فانه يختص بالملك فكانا صاحبي يد والمتعلق خارج فكانا اولى بخلاف ما اذا اقاما البينة حيث تكون بينة الخارج اولى لانها حجة مطلقة وبينة الخارج اكثر اثباتا على ما بينا واما التعلق فليس بحجة وكذا التصرف لكنه يستدل بالتمكن من التصرف على انه كان في يده واليد دليل الملك حتى جازت الشهادة له بالملك فيترك في يده حتى تقوم الحجة والترجيح وكذا لو كان احدهما راكبا على السرج والاخر رديفا له كان الراكب اولى لان تمكنه في ذلك الموضع دليل على تقدم يده بخلاف ما اذا كانا راكبين على السرج حيث تكون بينهما لاستوائهما في التصرف ولو كان احدهما متعلقا بذنبها والاخر ممسك بلجامها قالوا ينبغي ان يقضى بها للذي يمسك لجامها لانه لا يتعلق باللجام غالبا الا المالك بخلاف التعلق بالذنب ولو تنازعا في بساط احدهما قاعد عليه والاخر متعلق به فهو بينهما نصفان بحكم الاستواء بينهما لا بطريق القضاء لان الجلوس ليس بيد عليه بخلاف الركوب واللبس الا ترى انه يصير بهما غاصبا لثبوت يده عليه ولا يصير غاصبا بالقعود على البساط وكذا اذا كانا جالسين عليه فهو بينهما بخلاف ما اذا كانا جالسين في دار وتنازعا فيها حيث لا يحكم لهما بها لاحتمال انها في يد غيرهما وهنا علم انه ليس في يد غيرهما

قال رحمه الله وصاحب الحمل والجذوع والاتصال احق من الغير فمعنى الاول ان يتنازعا في دابة وعليها حمل لاحدهما كان صاحب الحمل اولى لانه هو المتصرف فيها التصرف المعتاد فكانت في يده كما اذا ادعى جماعة سفينة وكان واحد منهم راكبها واخر ممسك بسكانها واخر يجذف فيها واخر يمدها فهي بينهم الا من يمدها فانه لا شيء له فيها لانه لا يد له فيها لان الباقين هم المتصرفون فيها التصرف المعتاد ولو كان الحمل لهما كان بينهما لاستوائهما ولا يرجح بكثرة ما في الحمل لاحدهما لان الترجيح يقع بالقوة لا بالكثرة على ما بينا ومعنى الثاني ان يكون حائط عليه هرادي لرجل ولاخر عليه جذوع او متصل ببنائه فهو لصاحب الجذوع والاتصال دون الهرادي لان صاحب الجذوع هو المستعمل وصاحب الهرادي متعلق والبناء يبنى للجذوع عادة لا لوضع الهرادي فصار نظير ما اذا تنازعا في دابة لاحدهما عليها حمل وللاخر كوز معلق او مخلاة معلقة فانها تكون لصاحب الحمل دون صاحب الكوز والمراد بالاتصال اتصال تربيع وهو ان يتداخل لبن البناء المتنازع فيه في لبن جداره ولبن جداره في لبن البناء المتنازع فيه وساج احدهما مركب على ساج الاخر لان الاتصال بهذه المثابة لا يكون الا عند البناء فدل ذلك على ان بانيهما واحد في وقت واحد فترجح به وكان الكرخي رحمه الله يقول صفة هذا الاتصال ان يكون الحائط المتنازع فيه متصلا بحائطين لاحدهما من الجانبين جميعا والحائطان متصلان بحائط له بمقابلة الحائط المتنازع فيه حتى يصير مربعا شبه القبة فحينئذ يكون الكل في حكم شيء واحد والمروي عن ابي يوسف ان اتصال جانبي الحائط المتنازع فيه بحائطين لاحدهما يكفي ولا يشترط اتصال الحائطين بحائط له بمقابلة الحائط المتنازع فيه وعليه اكثر مشايخنا رحمهم الله لان الرجحان يقع بكون ملكه محيطا بالحائط المتنازع فيه من الجانبين وذلك يتم بالاتصال بجانبي الحائط المتنازع فيه وان كان الجدار من خشب فالتربيع ان يكون ساج احدهما مركبا على الاخر واما اذا نقب وادخل فلا يكون مربعا فلا عبرة به ولا بالاتصال الملازق من غير تربيع لعدم المداخلة فلا يدل على انهما بنيا معا ولا بوضع الهرادي ولا البواري لان الحائط لا يبنى لاجله عادة فلا يكون تصرفا فيه فلا يعتبر اصلا كوضع الثوب على الجدار حتى لو تنازعا في حائط ولاحدهما

والهرادي قصبات تضم ملوية يرسل عليها قضبان الكرم والهردي كالفعلي بكسر الفا انتهت صحاح

البارياء البوريا من القصب صحاح

عليه هرادى ولا شيء للاخر فهو بينهما اذ اعلم انه بايديهما ولا يرجح صاحب الهرادى لعدم الاستعمال بخلاف
اتصال التربيع لان الاستعمال فيه موجود من وجه ولان البنا للتسقيف وهو بالجذوع دون الهرادى
وقال الشافعي لا يرجح بوضع الجذوع لانه محتمل يحتمل انه ملك او عارية او غصب فلا يكون حجة مع الاحتمال
قلنا صاحب الجذوع مستعمل للحايط فكان في يده والقول قول صاحب اليد فصار نظير الحمل على الدابة ولان
الحايط يبنى للجذوع موضعه علامة ملكه ومثل هذا يصلح ان يكون علامة كما اذا اختلف الزوجان في متاع
البيت حتى جعل الترجيح بالصلاحية ولو كان لكل واحد منهما عليه جذوع ثلاثة فهو بينهما لاستوائهما
في اصل العلة ولا معتبر بالكثرة بعد ان يبلغ ثلاثا لان الترجيح بالقوة لا بالكثرة على ما بينا وانما اشترطنا
ان يبلغ ثلاثا لان الحايط يبنى للتسقيف وذلك يحصل بما دون الثلاث غالبا فصار الثلاث كالنصاب له
ولو كان عليه جذوع لاحدهما ثلاثة وللاخر اقل فهو لصاحب الثلاثة استحسانا وهو قول ابي حنيفة والقياس
وهو مروي عن ابي حنيفة رحمه الله ان يكون بينهما نصفان لان الترجيح لا يكون بالكثرة بل بالقوة فيستويان فيه
كما اذا كان لهما حمل على دابة لاحدهما مائة من وللاخر من او منوان فانها بينهما نصفان ووجه الاستحسان
ان ما دون الثلاث حجة ناقصة اذ لا يبنى الحايط لاجل الواحد او الاثنين عادة والحجة الناقصة لا تظهر
بمقابلة الكاملة ثم لصاحب الجذع الواحد او الاثنين حق الوضع باتفاق الروايات لانا حكمنا بالحايط لصاحب
الجذوع بالظاهر وهو يصلح للدفع لا للاستحقاق فلا يؤمر بالقلع بخلاف ما اذا اثبت ان الحايط له بالبينة
حيث يؤمر بالقلع لان البينة حجة مطلقة تصلح للدفع والاستحقاق وهو نظير الشفعة حتى لا يستحق بها
ثبت ملكه باليد وبخلاف ما اذا تنازعا في دابة ولاحدهما عليها حمل وللاخر كوز معلق او نحوه حيث يؤمر
بالقلع وان كان استحقاقه باليد ووجه الفرق ان وضع الكوز لا يمكن استحقاقه على ملك الغير ابتداء مؤبدا
وانما يمكن موقتا من جهة المالك فاذا ظهر الاستحقاق امر بالازالة واما وضع الخشب فيمكن استحقاقه
بان وقعت القسمة بذلك الشرط ثم اختلفت الروايات بعد ذلك فانه يملك ذلك الموضع ام لا فذكر في كتاب
الاقرار ان الحايط كله لصاحب الاجذاع ولصاحب القليل ما تحت جذعه يريد به حق الوضع لان الحايط
لا يبنى لاجل جذع واحد او جذعين عادة وانما ينصب له اسطوانة فلا يحكم له بالملك كمسئلة الدابة اذا كان
لاحدهما عليها حمل وللاخر كوز معلق على ما بينا وذكر في كتاب الدعوى ان الحايط بينهما على قدر الاجذاع لان
موضع جذعه مشغول بجذعه فيكون في يده حقيقة باعتبار الاستعمال فيثبت لكل واحد منهما الملك فيما تحت
خشبته لوجود سبب الاستحقاق فيه ثم من اصحابنا من قال يحكم بما بين الخشبات بينهما على قدر الاخشاب
واكثرهم على انه لا يملك صاحب الخشبة او الخشبتين الا موضع خشبته ومنهم من قال يكون ما بين الخشب
بينهما نصفان ومنهم من قال يقسم جميع الحايط بينهما على قدر اخشابهما اعتبارا لقدر الاستعمال وجعل في
المحيط ما ذكر في كتاب الاقرار اصح وقال قاضيخان والصحيح ان ذلك يكون ملكا لصاحب الخشبة كما ذكر في الدعوى
وان كان لاحدهما عليه جذوع وللاخر اتصال تربيع فصاحب الجذوع اولى لان له تصرفا في الحايط ولصاحب
الاتصال اليد والتصرف اقوى في الدلالة على الملك ورجح الكرخي هذه الرواية وذكر الطحاوي ان صاحب الاتصال
اولى لان الحايطين بهذا الاتصال يصيران كبناء واحد فالقضاء ببعضه يصير قضاء بكله ثم يبقى للاخر حق
وضع جذوعه لما بينا وصحح الجرجاني هذه الرواية ورجحها بالسبق لان التربيع يكون حالة البناء وهو سابق
على وضع الجذوع فكان يده ثابتا فيه قبل وضع الاخر الجذوع فصار نظير سبق التاريخ الا انه لا يرفع جذوع
الاخر على ما بينا ولا فرق في هذا بين ان يكون الاتصال من جانب او من الجانبين على ما ذكره الطحاوي رحمه الله
وفي المحيط الايدي في الحايط على ثلاث مراتب اتصال تربيع واتصال ملازقة ومجاورة ووضع جذوع
ومحاذاة بناء ولا علامة لليد في الحايط سوى هذا فاولاهم صاحب التربيع فان لم يوجد فصاحب الجذوع

فان لم يوجد فصاحب المحاذاة وان كان لاحدهما جذع واحد ولا شيء للاخر اختلف المشايخ فيه قيل هما سواء
لان الواحد لا يعتد به وقيل صاحب الجذع هو اولى لان الحايط قد يبنى لجذع واحد وان كان ذلك غير غالب
ولو كان لاحدهما عليه هرادي او بواري ولا شيء للاخر فهو بينهما والهرادي لا تعتبر ولا البواري وفي فتاوى
قاضيخان ان كان لاحدهما عليه جذع واحد وللاخر عليه هرادي او بواري او لم يكن له عليه شيء فهو لصاحب الجذع
قال رحمه الله ثوب في يده وطرفه في يد اخر نصفه يعني لو تنازع الشخصان في ثوب في يد احدهما وطرفه في
يد الاخر كان بينهما نصفين لان يد كل واحد منهما ثابت في الثوب الا ان احدهما ثابتة في الاكثر وذلك لا يوجب
الترجيح لما ذكرنا ان الرجحان بالقوة لا بالكثرة فصار كما لو تنازعا في دابة وعليها حمل على التفاوت كانت بينهما
نصفين ولا يعتبر تفاوت الحمل حتى اذا كان لاحدهما من وللاخر مائة من كانت بينهما بخلاف ما اذا كان في يد
احدهما الهدبة والباقي في يد الاخر لان الهدبة ليست بثوب اذ هي غير منسوجة فلم يكن في يده شيء من الثوب فلا
يزاحم الاخر قال رحمه الله صبي يعبر عن نفسه فقال انا حر فالقول له لانه اذا كان يعبر عن نفسه فهو في يد نفسه فلو تقبل
دعوى احد عليه انه عبد عند انكاره الا ببينة كالبالغ قال رحمه الله ولو قال انا عبد لفلان او لا يعبر عن نفسه
فهو عبد لمن في يده اما الاول فلانه اقر انه لا يد له حيث اقر على نفسه بالرق فكان ملكا لمن في يده كالقماش
ولا يقال الاقرار بالرق من المضار فلا يعتبر من الصبي فكيف يصح اقراره به هنا لانا نقول الرق لم يثبت بقول
الصبي بل بدعوى ذي اليد لعدم المعارض بدعوى الحرية لانه لما صار في يد المدعي بقي كالقماش في يده فيقبل
اقراره عليه ولا نسلم ان الاقرار بالرق من المضار لانه يمكنه التدارك بعده بدعوى الحرية اذ التناقض فيه
لا يمنع صحة الدعوى بخلاف الاقرار بالدين ولا يقال الاصل في الادمي الحرية لانه ولد ادم وحوى عليهما السلام
وهما حران فوجب ان لا يقبل دعوى الرق الا ببينة وكونه في يده لا يوجب قبول قوله عليه كاللقيط حيث لا يقبل
قول الملتقط انه عبده وان كان في يده لانا نقول الاصل اذا اعترض عليه ما يدل على خلافه يبطل وثبوت اليد
دليل على خلاف ذلك الاصل لانه دليل الملك فيبطل به ولا نسلم ان اللقيط اذا اقر بالرق بعد ان كان معبرا عن
نفسه يخالفه في الحكم فلا يكون سنا وان لم يعبر عن نفسه فليس في يد الملتقط من كل وجه لانه امين فيه ويد الامين يده
قائمة مقام يد غيره فكانت غير ثابتة حكما واما الثاني وهو ما اذا كان لا يعبر عن نفسه فلانه بمنزلة المتاع فيكون
ملكا لمن هو في يده ان ادعاه لعدم المعارض من يدعي على نفسه حقيقة او حكما حقيقة للصغير او حكما للرق وهذا
لان الاصل في الادمي وان كان لا تثبت عليه يد غيره اكراما له حتى لا يكون مهانا كالقماش والبهايم لكن ذلك عند
القدرة بان يكون معبرا عن نفسه لا عند العجز والعجز باحد امرين اما بالصغر حقيقة او بالرق حكما فيقبل قول المدعي
ولو كبر وادعى الحرية لا يقبل قوله لانه ظهر عليه الرق فلا ينقض ذلك الا ببينة قال رحمه الله عشرة ابيات من دار
في يد وبيت في يد اخر فالساحة نصفان لان الساحة يحتاج اليها الملاك لاستعمالها في انواع المرافق من المرور
فيها والتوضي وكسر الحطب ووضع الامتعة ونحو ذلك من انواع المنافع وهما في ذلك سواء فتنصف بينهما
فصار نظير الطريق ولان الترجيح بالقوة لا بالكثرة على ما بينا غير مرة بخلاف ما اذا تنازعا في الشرب حيث يقسم
بينهما على قدر اراضيهما لان الشرب يحتاج اليه لاجل سقي الارض فعند كثرة الارض تكثر الحاجة اليه فيتقدر
بقدر الاراضي بخلاف الانتفاع بالساحة فانه لا يختلف باختلاف الاملاك كالمرور في الطريق قال رحمه الله
ادعى كل ارضا انها في يده ولم يقض بيده او بنى احدهما فيها او بنى او حفر فهي في يده كما لو برهن انها في يده لان اليد في الارض
غير مشاهدة وهي مقصودة فلا تثبت عند القاضي بمجرد دعواهما انها في يده فلا بد من اقامة البينة انها في يده
او من التصرف فيها كاللبن او البناء او الحفر لان التمكن من هذه الاشياء دليل على انها في يده ثم ان ادعيا انها في
ايديهما لم يقض به بلا بينة لاحتمال انها في غيرهما وان ادعيا انها في يد احدهما فكذلك لانه يمكن انهما
تواضعا على ذلك لكن ليس للمقر ان ينازع في اليد لاقراره انها في يد صاحبه واقراره في حق نفسه مقبول

اي اذا ادعى رجلان ارضا كل واحد انها في يده لم يقض
بانها في يد واحد حتى يقيما البينة لان اليد فيها غير
شاهدة لتعذر احضارها الى مستخلص

وكذا لو حلفا انها ليست في يد صاحبه فنكل احدهما ولو نكلا جعل في يد كل منهما نصفها الذي في يد صاحبه لصحة
اقراره في حق نفسه وان حلفا جميعا لم يقض باليد لهما فيها وبرى كل منهما عن دعوى صاحبه وان اقام احدهما
البينة انها في يده قضى له باليد فيها ويكون الاخر خارجا وكذا ان لبن احدهما او بنى او حفر بئرا او فعل شيئا اخر
مما يدل على انها في يده وان اقاما البينة على اليد قضى بها لهما فان طلبا القسمة لم تقسم بينهما ما لم يقيما البينة
على الملك قيل هذا قول ابي حنيفة وعندهما يقسم بناء على ان الورثة اذا كانت دار في ايديهم قسمها بقولهم انها
ميراث عندهما وعند ابي حنيفة لا يقسمها حتى يقيموا البينة انه مات وتركها ميراثا بينهم

باب دعوى النسب

قال رحمه الله ولدت مبيعة لاقل من ستة اشهر منذ بيعت فادعاه البايع فهو ابنه وهي ام ولده
ويفسخ البيع ويرد الثمن وان ادعاه المشتري معه او بعده وقال زفر والشافعي لا تصح دعوته الا ان يصدقه المشتري
وهو القياس لان اقدامه على البيع دليل على ان الحمل ليس منه اذ هو اعتراف منه بجوازه لان المسلم لا يباشر الباطل
ظاهرا فصار في دعواه مناقضا وساعيا في نقض ما تم من جهته وهو البيع فلا يقبل اذ التناقض يبطل الدعوى
فصار كما لو ادعاه ابو البايع او ادعى هو اعتاقها او تدبيرها قبل البيع وجه الاستحسان ان مبنى النسب على الخفا
فيعفى فيه التناقض فتقبل دعوته اذا تيقن بالعلوق في ملكه بالولادة لاقل من ستة اشهر لانه بمنزلة اقامة البينة
بل فوقها وهذا لان الانسان قد لا يعلم العلوق بالكلية ثم يظهر له وقد يظن ان العلوق من غيره ثم يعلم انه منه فيعذر
في التناقض كالزوج اذا اكذب نفسه بعد قضاء القاضي بنفي النسب باللعان وكالمختلعة تقيم البينة ان الزوج طلقها
ثلاثا قبل الخلع وكالمكاتب يقيم البينة ان مولاه اعتقه قبل الكتابة فان بينتهما تقبل مع التناقض في الدعوى لخفا
عليهما لان المولى والزوج ينفرد كل واحد منهما بالطلاق والعتاق فيعذران فيه بخلاف دعوى الاعتاق والتدبير
بعد البيع لانه فعل نفسه فلا يخفى عليه فلا يعذر لانه لم يتيقن بكذبه في الكلام الاول لاحتمال كذبه في الثاني فلا
ينقض البيع بالاحتمال حتى لو اقام البينة بالاعتاق او التدبير تقبل بينته لتيقنا بكذبه لثبوت الحرية او التدبير
قبل البيع وبخلاف دعوى ابي البايع لان شرط صحة دعواه ثبوت الولاية له من وقت العلوق الى وقت الولادة
على ما بيناه من قبل ولم يوجد واذا صحت الدعوى من البايع استندت الى وقت العلوق لكونها دعوة استيلاد
فيظهر انه باع ام ولده فيكون باطلا ويرد الثمن لبطلان البيع ولان المشتري لم يدفع الثمن اليه الا ليسلم له المبيع
فاذا لم يسلم له رجع به ولا يعتبر دعوة المشتري مع دعوة البايع او بعده وهو المراد بقوله وان ادعاه المشتري
مع دعوة البايع او بعده لان دعوة البايع اسبق لانها تستند الى حالة العلوق لكونها دعوة استيلاد لوجود
العلوق في ملكه ودعوة المشتري دعوة تحرير اذ العلوق لم يكن في ملكه فيقتصر فكانت الاولى اقوى فلا تعتبر الثانية
معها ولانه لما ثبت النسب من البايع تبين ان البيع كان باطلا فلم يدخل في ملك المشتري فكان كغيره من الاجانب
فلا تصح دعواه ولان الولد استغنى عن النسب بثبوته من البايع فلا حاجة الى اثباته من غيره واحترز بقوله وان
ادعاه المشتري معه او بعده عما اذا ادعاه المشتري قبله لانه اذا ادعاه المشتري اولا ثبت نسبه منه لوجود
المجوز للدعوة وهو الملك الا ترى انه يجوز اعتاقه واعتاق امه فكذا تصح دعوته ايضا لحاجته الى النسب والى
الحرية وتثبت لها امومية الولد باقراره ثم لا تصح دعوة البايع بعده لانه قد استغنى عن النسب بثبوته
من المشتري ولان النسب لا يحتمل الابطال فيبطل به حق استلحاق النسب للبايع ضرورة قال رحمه الله وكذا ان مات
الام يعني اذا ماتت الام فادعى البايع الولد وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر ثبت نسبه منه كما في الاول
بخلاف ما اذا مات الولد ثم ادعاه البايع حيث لا يثبت نسبه منه والفرق ان الولد هو الاصل في الباب والام تبع
له الا ترى انه يضاف اليه فيقال ام الولد فيثبت نسبه اولا فيعتق فتتبعه امه فيثبت لها حق الحرية بسببه لقوله عليه السلام
اعتقها ولدها وقال عليه السلام من وطئ امة فولدت له فهي معتقة عن دبر منه رواهما ابن ماجة ولان المقصود
من الدعوة الولد دون الام وهي تدخل تبعا فكان الثابت له اقوى والادنى يتبع الاقوى فاذا كان الولد هو الاصل

كان المعتبر

كان المعتبر بقاؤه لحاجته الى ثبوت النسب ولا يضره فوات التبع بخلاف العكس وهو ما اذا مات الولد دون الام
حيث لا تصح دعوته في الام لان الحكم لا يثبت في التبع ابتداء بدون متبوعه والولد قد استغنى عن النسب بالموت
فتعذر اثباته بعد موته ولم يتعد الى الام بعد موته وان لم يثبت نسبه ويرد المال كله عند ابي حنيفة لانه تبين انه باع ام
ولده وبيعها باطل ولا يضمنها المشتري لان ماليتها غير متقوم عنده كالحر ولهذا لا تضمن بالغصب عنده وعندهما
يرد حصة الولد ولا يرد حصة الام لان ماليتها متقومة عندهما فتضمن بالعقد والغصب فتكون مضمونة عند
المشتري فاذا رد الولد دونها يجب على البايع رد حصة ما سلم له وهو الولد كيلا يجتمع البدل والمبدل في
ملكه ولا يجب عليه رد حصة ما لم يسلم له وهي الام هكذا ذكروا الحكم على قولهما وكان ينبغي ان يرد البايع جميع الثمن
عندهما ايضا ثم يرجع بقيمة الام لانه لما ثبت نسب الولد منه تبين انه باع ام ولده وبيع ام الولد غير صحيح
بالاجماع فلا يجب فيه الثمن ولا يكون لاجزاء المبيع فيه حصة بل يجب على كل واحد من المتعاقدين رد ما قبضه
ان كان باقيا والا فبدله قال رحمه الله ويتبعهما كموتهما اي اعتاق المشتري الام والولد كموتهما حتى لو اعتق المشتري
الام دون الولد فادعى البايع انه ابنه صحت دعوته وثبت نسبه منه ولو اعتق الولد دون الام لا تصح دعوته
لما ذكرنا ان الولد هو الاصل فيعتبر قيام المانع به حتى تمتنع الدعوى دون الام كما قلنا في الموت وانما كان
الاعتاق مانعا لانه لا يحتمل النقض بعد ثبوته كالنسب فصار اعتاقه كدعوته انه ابنه ولان الاعتاق يثبت
الولاء وهو كالنسب فلا يمكن ابطاله كما لا يمكن ابطال نسبه بعدما ادعاه المشتري ولان للبايع حقا
وهو حق دعوة النسب والاستيلاد وما ثبت للمشتري حقيقة والحق لا يعارض الحقيقة والتدبير كالاعتاق لانه
لا يحتمل النقض لما ظهر فيه بعض اثار الحرية وهو امتناع التمليك فصار كالاستيلاد ثم ان قام هذا المانع بالولد
امتنعت دعوة البايع لما بينا وان قام بالام لا تمتنع فيثبت نسبه من البايع ولا تصير امه ام ولد له لان العتق
فيها لا يمكن نقضه ولا يقال ينبغي ان يبطل اعتاق المشتري لان نسب الولد ثبت مستندا الى وقت العلوق فتبين
انه باع ام ولده فلم يملكها المشتري فيبطل البيع كما لو ولدت المبيعة ولدين في بطن واحد فاعتق المشتري
احدهما ثم ادعى البايع الاخر انه ابنه ثبت نسبهما منه وبطل عتق المشتري لانه لم يملكه ضرورة انهما خلقا
من ماء واحد لانا نقول هذا التبطل سائر تصرفاته مثل البيع والهبة فكذا العتق وتوابعه لانا نقول ثبوت امومية الولد
ليس من احكام ثبوت النسب ولا من ضروراته الا ترى ان النسب يثبت في ولد المغرور وفي ولد الامة المنكوحة ولا تصير
امه ام ولد له بخلاف التوامين لانهما خلقا من ماء واحد وما ثبت لاحدهما من الاحكام ثبت للاخر ضرورة
ثم اذا لم يبطل عتق المشتري في الام قبل البيع يرد من الثمن ما يخص الولد خاصة ولا يرد ما يخص الجارية بالاجماع
هنا وذكر الفرق لابي حنيفة رحمه الله في المبسوط بين هذا اي بين ما اذا ماتت الام فان البايع فيها يرد جميع الثمن
عنده وهنا يرد ما يخص الولد فقط والفرق ان في الاعتاق القاضي كذب البايع فيما يزعم انها ام ولده حيث
جعلها معتقة المشتري ولم يفسخ البيع بينهما فبقي البيع صحيحا فيجب عليه ثمنها بخلاف فصل الموت فان زعم
البايع فيه لا يبطل بشيء فيبقى معتبرا في حقه اذ لم يكن مكذبا شرعا فيرد جميع الثمن وفي الاعتاق يرد حصة الولد
ثم جعل هنا المولود بعد القبض حصة من الثمن كالمولود قبله لكون البايع بسبيل من فسخ هذا البيع بالدعوة
فصار كالحادث قبل القبض في المعنى وفي الحادث قبل القبض له حصة من الثمن اذا استهلكه البايع وقد استهلكه
هنا بالدعوة اذ لكونه مستخرجا من العقد ومن المشايخ من قال يرد البايع جميع الثمن هنا عند ابي حنيفة كما في فصل
الموت لان ام الولد لا قيمة لها عنده ولا تضمن بالعقد فيؤخذ بزعمه واليه مال صاحب الهداية وهو يخالف
الرواية فكيف يقال يسترد جميع الثمن والبيع لم يبطل في الجارية حيث لم يبطل اعتاقه بل يرد حصة الولد
فقط بان يقسم الثمن على قيمتهما تعتبر قيمة الام يوم القبض لانها دخلت في ضمانه بالقبض وقيمة الولد يوم
الولادة لانه صار له القيمة بالولادة فتعتبر قيمته عند ذلك قال رحمه الله وان ولدت لاكثر من ستة اشهر ردت

دعوة التحرير ان يكون العلوق فى غير ملكه

دعوة البايع الا ان يصدقه المشترى وهذا الكلام يشتمل وجهين احدهما ان تلد لاكثر من سنتين من وقت البيع
فحكمه انه لا تصح دعواه لعدم العلوق فى ملكه بيقين وهو المصحح الا اذا صدقه المشترى فيثبت النسب ويحمل
على الاستيلاد بالنكاح لتيقننا ان العلوق لم يكن فى ملكه ولا يبطل البيع ولا يعتق الولد ولا تصير الامة ام ولد له
لان العلوق حادث بعد البيع ولا يستند الى ما قبل البيع حتى يبطل فكانت هذه الدعوة دعوة تحرير فلا تنفذ الا
فى الملك اذ لا يقدر غير المالك على التحرير والثانى ان تلد لاكثر من ستة اشهر من وقت البيع ولاقل من سنتين منه
فحكمه ان دعوة البايع لا تقبل فيه ايضا لاحتمال العلوق بعد البيع فلم يوجد المصحح فيه بيقين فلم تصح الا ان يصدقه
المشترى فحينئذ ثبت نسبه لتصادقهما فيه وتصير الامة ام ولد له تبعا للولد ويبطل البيع لاستناد العلوق
الى ما قبل البيع لامكانه فتبين انه باع ام ولده فيبطل وهذا لان هذه الدعوة دعوة استيلاد فيستند ثم اعلم

الدعوة فى الولد على ثلاثة اوجه

ان الدعوة هنا ثلاثة اوجه دعوة استيلاد ودعوة تحرير ودعوة شبهة كالاب يدعى جارية ابنه وحكم كل
قسم وشرطه مذكور فى موضعه وصورة كل قسم من هذه الاقسام ينقسم الى ثلاثة اما ان تلد لاقل من ستة اشهر
من وقت البيع او لاكثر من سنتين او لما بينهما وقد ذكرنا حكم كل واحد بحمد الله فاحفظه قال رح ومن ادعى
نسب احد التوامين ثبت نسبهما منه ش لما بينا وانما يعرف انهما توامان اذا كان بين ولادتيهما اقل من ستة
اشهر وان كان بينهما ستة اشهر فصاعدا فليسا بتوامين لان اقل مدة الحمل ستة اشهر فاذا اتت بولد ثم جاءت بولد
اخر لاقل من ستة اشهر يعلم بالضرورة انهما من ماء واحد اذ لا يمكن علوق الثانى بعد الولادة لما ذكرنا ولا يمكن
علوقه وهى حبلى بالاول لان فم الرحم مسدود لا ينفتح وهى حبلى الا لخروج الولد قال رح وان باع احدهما واعتقه
المشترى بطل عتق المشترى ش معناه اذا باع احد التوامين فاعتقه المشترى ثم ادعى البايع الذى لم يبعه انه ابنه
ثبت نسبهما منه وبطل عتق المشترى فيه لان دعوة البايع صحت فى الذى لم يبعه لمصادفته العلوق والدعوى
فى ملكه فيه فيثبت نسبه ومن ضرورته ثبوت نسب الاخر منه لانهما من ماء واحد فيلزم منه بطلان عتق المشترى
لكونهما حرى الاصل اذ يستحيل ان يكون احدهما حر الاصل والاخر رقيقا وهما من ماء واحد فيكون نقض العتق بما هو
فوقه وهى الحرية الثابتة باصل الخلقة بخلاف ما اذا كان الولد واحدا حيث لا يبطل فيه اعتاق المشترى بدعوى
البايع نسبه لان العتق فيه لو بطل لبطل مقصودا لاجل حق الدعوة للبايع وانه لا يجوز على ما بينا وجهه
وهنا تثبت الحرية فى الذى لم يبعه ثم تتعدى الى الاخر ضمنا وتبعا وكم من شىء يثبت ضمنا وان لم يثبت مقصودا
هذا اذا كان العلوق فى ملكه واما اذا لم يكن العلوق فى ملكه بان اشتراهما بعد الولادة او اشترى امهما وهى حبلى
بهما او باعهما فجاءت بهما لاكثر من سنتين فيثبت نسبهما ايضا لانهما لا يفترقان فيه لما ذكرنا لكن لا يعتق
الذى ليس فى ملكه وان كان المشترى قد اعتقه لا يبطل عتقه لان هذه الدعوة دعوة تحرير لعدم العلوق
فى الملك فلا يملكه الا من يملك الانشاء فلهذا شرط لنزول العتق عليه ان يكون فى ملكه بخلاف المسئلة الاولى
وهو ما اذا كان العلوق فى ملكه حيث يعتقان جميعا لانها دعوة استيلاد فتستند ومن ضرورته عتقهما
بطريق انهما حرا الاصل فيتبين انه باع حرا قال رح صبى عند رجل فقال هو ابن فلان ثم قال هو ابنى لم يكن
ابنه وان جحد ان يكون ابنه ش معناه اذا كان صبى عند رجل فقال الرجل الذى عنده الصبى هذا الصبى ابن فلان
الغايب ثم قال هو ابنى لم يكن ابنه ابدا وان جحد فلان الغايب ان يكون الصبى ابنه ولا يشترط لهذا الحكم
ان يكون الصبى فى يده واشتراطه فى الكتاب وقع اتفاقا وانما لا تصح دعوته بعد ذلك لانه اقر بثبوت
نسبه من الغير وذلك يمنع ثبوت نسبه منه بدعوته لان اقراره حجة فى حق نفسه وهذا قول ابى حنيفة رح
وقالا تصح دعوة المقر بعد جحود المقر له ان يكون ابنه لان اقراره بطل بجحود المقر له فصار كان لم يقر وبهذا
يعتق عليه بدعوته لو كان عبدا له وهذا لان الاقرار بالنسب مما يرتد بالرد اذ الاقرار على ما لا يحتمل النقض
ملحق بالاقرار بما يحتمل النقض ولهذا يوثر فيه الهزل والاكراه حتى لا يصح معهما وان كانا لا يوثران فيما لا

يحتمل النقض فصار كما اذا اقر المشترى على البايع باعتاق العبد المبيع قبل البيع وكذبه البايع ثم قال المشترى انا
اعتقته فانا لولا يتحول اليه فكذا هذا ولان اقراره له بالنسب نفى للنسب عن نفسه او انكار لوجوب الحقوق
عليه وذلك لا يمنع الاقرار به بعده بان قال ليس هو بابنى ثم قال هو ابنى فكذا هذا ولهذا يصح اكذاب الملاعن نفسه
بعد نفى النسب عنه بخلاف ما اذا صدقه لانه يدعى نسبا ثابتا من غيره وبخلاف ما اذا لم يصدقه ولم يكذبه لانه
تعلق به حق المقر له على اعتبار تصديقه فكذلك الملاعنة لا يثبت نسبه من غير الملاعن لتعلق حقه به بتكذيب نفسه
ولابى حنيفة ان النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته والاقرار بمثله لا يرتد بالرد فيبقى فى حق نفسه لان اقراره حجة
فى حق نفسه كمن اقر بحرية عبد الغير فكذبه المولى فانه فى حق المقر حر ولا يرتد اقراره حتى لو ملكه يوما عتق عليه
لاقراره بذلك وكمن شهد على رجل بنسب صغير فردت شهادته لتهمة ثم ادعاه الشاهد لنفسه فان دعواه لا تقبل
لاقراره به للغير وهذا لانه تعلق به حق المقر له حتى لو صدقه بعد التكذيب ثبت نسبه منه وكذا تعلق به حق
الولد فلا يرتد برد المقر له فصار كدعواه قبل الرد ولان موجب اقراره شيان ثبوت النسب من الغير وابطال حق نفسه
فى الدعوة واذا ارتد الاول لعدم ولايته عليه فلا يرتد الثانى لان اقراره حجة عليه ولا يلزم مسئلة الولاء فانها
على الخلاف ذكره فى كتاب الولاء ولئن سلم فالنسب الزم من الولاء فانه يقبل التحويل من جانب الام الى جانب الاب
عند اعتاق الاب وكذا الولاء تلد معتقة وللعباد بالله تعالى ولحقت بدار الحرب وسبيت واعتقها المولى الثانى
كان الولاء له والنسب لا يقبله كما هو فى ولد الملاعنة فلا يصح القياس عليه واما يعتق عليه اذا ادعاه لاقراره به
كما اذا قال لعبده الثابت نسبه من غيره هو ابنى وهذا يصلح حيلة فيمن يبيع عبدا اصله علوقه عنده ويخاف
عليه الدعوة بعد ذلك من البايع فيبطل دعواه بنسبته لغيره مطلقا عنده وعندهما يشترط ان لا يرد المقر له النسب بان
يسكت او يقر به لميت او لغايب لا يعرف قال رح ولو كان فى يد مسلم ونصرانى فقال النصرانى ابنى وقال المسلم عبدى
فهو حر ابن النصرانى ش اى لو كان الصبى فى ايديهما فادعاه النصرانى انه ابنه والمسلم انه عبده وادعياه معا كان
حرا ابن النصرانى لانه ينال به شرف الحرية فى الحال والاسلام فى المآل اى دلائل الوحدانية ظاهرة فكان فيه الجمع
بين المصلحتين وفى عكسه فوات شرف الحرية اذ لا قدرة له على اكتسابها فكان الجمع بينهما اولى ولا يقال ينبغى
ان يكون عبدا للمسلم لان الاسلام مرجح لانا نقول الترجيح يكون عند التعارض وهو الاستواء ولا تعارض هنا
لان النظر له فيما قلنا اوفر فانتفى الاستواء بخلاف ما اذا ادعى كل واحد منهما انه ابنه حيث يكون المسلم فيه
اولى لاستوائهما فى دعوى البنوة ويترجح المسلم بالاسلام وهو اوفر للصبى لحصول الاسلام له فى الحال تبعا لابيه
قال رح وان كان صبى فى يدى زوجين وزعم الزوج انه ابنه من غيرها وزعمت انه ابنها من غيره فهو ابنهما لان كل
واحد منهما اقر للولد بالنسب وادعى ما يبطل حق صاحبه فصح اقرارهما له ولا يبطل حق صاحبه بمجرد قوله ولا يترجح
احدهما على الاخر لاستوائهما فيما فيه وقيام ايديهما عليه وقيام الفراش بينهما دليل ظاهر على انه منهما
كثوب فى يد رجلين يقول كل واحد منهما لصاحبه هذا الثوب لى ولفلان اخر غيرك وليس لك انت فيه شىء كان
الثوب بينهما ولا يصدق كل واحد منهما فى ابطال حق صاحبه فيه الا ان المقر له يشاركه المقر فى نصيبه لان المحل
يحتمل الشركة وفى النسب لا يشاركه لانه لا يحتمل ما هذا اذا كان الصبى لا يعبر عن نفسه وان كان يعبر فالقول له
ايهما صدق ثبت نسبه منه قال رح ولدت مشتراة فاستحقت غرم الاب قيمة الولد وهو حر ش يعنى لو اشترى امة
فولدت منه ثم استحقها مستحق ضمن المشترى قيمة الولد ويكون الولد حرا وكذا اذا ملكها بسبب اخر غير الشراء اى سبب
كان وكذا اذا تزوجها على انها حرة فولدت له ثم استحقت روى ذلك عن عمر رض وعن على رض الله عنه
فى الزاد بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم من غير نكير فكان اجماعا ولان النظر من الجانبين واجب اذ المغرور
معذور لانه بنى على سبب صحيح شرعا والامة ملك المستحق والولد جزؤها فاستوجب الاخر النظر فوجب الجمع
بينهما ما امكن مراعاة لحقيهما وذلك بان يجعل الولد حر الاصل فى حق الاب ورقيقا فى حق المستحق لان استحقاق

الاصل سبب لاستحقاق الجزء فيضمن الاب قيمته يوم الخصومة لانه يوم المنع او التحول من العين الى القيمة لانه لما علق رقيقا في حق المولى كان حقه في عين الولد وانما يتحول الى القيمة بالقضا فيعتبر قيمته وقت التحول وتجب هذه القيمة على الاب دون الولد حتى اذا كان الاب ميتا توخذ من تركته لان المانع من الدفع بثبوت النسب وهو من الاب دون الولد ولا ولاء للمستحق عليه لانه علق حر الاصل وانما قدرناه رقيقا ضرورة القضا بالقيمة فلا تعدد مو ضعها ثم هذا الغرور ان كان في ملك اليمين فظاهر وان كان في ملك النكاح فان القاضي يقضي بها وبولدها للمستحق عند اقامة المستحق البينة انها له لانه ظهر انها للمستحق والولد يتبعها الا اذا اثبت الزوج انه مغرور بان يقيم البينة انه تزوجها على انها حرة فثبت حرية الاصل للاولاد قال رحمه فان مات الولد لم يضمن الاب قيمته يعني لو مات الولد قبل الخصومة لا يجب على الاب شيء لان الولد لو كان مملوكا للمستحق حقيقة لم يكن مضمونا عليه فان ولد المغصوب امانة عندنا على ما عرف في موضعه فاولى ان لا يكون مضمونا عليه مع عدم الملك حقيقة وكذا لو ترك مالا لان الارث ليس ببدل عنه فلا يقوم مقامه فلا يجعل سلامة الارث كسلامته لنفسه بخلاف ما اذا قتله قاتل وقبض الاب من ديته قدر قيمته حيث يجب عليه ضمان قيمته لان سلامة بدله كسلامته ومنع بدله كمنعه وان لم يقبض شيئا لا يجب عليه لان المنع لا يتحقق فيما لم يصل اليه وان قبض اقل من قيمته وجب عليه بقدره اعتبارا للبعض بالكل وبخلاف ما لو قتله الاب لان المنع يتحقق بقتله كما في ولد المغصوب اذا اتلفه الغاصب قال رحمه ويرجع بالثمن وقيمته على بايعه لا بالعقر اي يرجع المشتري بثمن الجارية وبقيمة الولد على بايعه ولا يرجع بما لزمه من العقر لوطيها لان البايع صار كفيلا بما شرط عليه من البدل لان البيع مبني على مساواة البدلين في حكم الضمان فلما كان الثمن من جانب المشتري سالما للبايع وجب ان يكون المبيع سالما للمشتري وذلك بان يجعل البايع كفيلا بسبب تملك المبدل فصار كانه قال للمشتري ان الحكم قد ثبت لك فان ضمنك احد بدعوى باطل فانا ضامن لك بما ضمنك ولان البايع التزم سلامتها عن العيب اذ المعاوضة تقتضي ذلك ولا عيب فوق الاستحقاق فيرجع عليه وكذا ان هلكت عند المشتري فضمنه المستحق قيمتها وقيمة الاولاد يرجع المشتري على البايع بالثمن وبما ضمن من قيمة الاولاد لما بينا ولا يرجع عليه بقيمة الجارية لان اخذ قيمتها منه كاخذ عينها وفيه لا يرجع الا بالثمن فكذا هذا وكذا اذا زوجه رجل على انها حرة ثم استحقت يرجع الاب على المزوج بقيمة الولد اذا لاستيلاد مبني على التزويج وشرط الحرية صار غرورا لوصف اللازم لهذا التزويج فيكون الاستيلاد بناء على التزويج وشرط الحرية فكان الشارط صاحب علة فنزل كالقائل انا كفيل بما لحقك بسبب هذا العقد او يقال ما لزمه بسبب الضمان انما لزمه بالاستيلاد والاستيلاد حكم التزويج لانه موضوع له فكان المزوج صاحب علة فيضاف الحكم اليه بخلاف ما اذا اخبره رجل انها حرة او اخبرته هي وتزوجها من غير شرط الحرية حيث يكون الولد رقيقا ولا يرجع على المخبر بشيء لان الاخبار سبب محض لان العقد حصل باختيار الرجل والمراة وانما ياخذ حكم العلة بالغرور وذلك باحد امرين بالشرط او بالمعاوضة ولا يرجع بما لزمه من العقر على البايع وعند الشافعي رحمه الله يرجع لانه ضمان لزمه بفوت السلامة قلنا العقر عوض عما استوفى من منافع البضع فلو رجع به سلم له المستوفى مجانا والوطي في ملك الغير لا يجوز ان يسلم له مجانا ولا يرجع على الواهب والمتصدق والموصي بشيء من قيمة الاولاد وعند الشافعي يرجع لان الغرور قد تحقق له منه بايجابه الملك له فيها واخباره انها مملوكة قلنا مجرد الغرور لا يكفي للرجوع فان من اخبر انسانا ان هذا الطريق آمن فسلكها فاخذ اللصوص ماله لم يرجع على المخبر بشيء بخلاف البيع فانه عقد معاوضة يوجب السلامة او الضمان على ما بينا وهذا تبرع وهو محسن وليس على المحسنين من سبيل وبخلاف التزوج لانه موضوع للاستيلاد وطلب النسل قال عليه السلام تناكحوا توالدوا تكثروا الحديث فاذا لم يسلم له ما هو المقصود به رجع بذلك على من غره والمقصود بوضع الهبة اظهار الجود والسماحة وثبوت الملك وهذا المقصود يتحقق بدون الاستيلاد ولو باعها المشتري من آخر فاستولدها الثاني ثم استحقت رجع المشتري الثاني على البايع الثاني بالثمن وبقيمة الولد ويرجع

المشتري الاول على البايع الاول بالثمن ولا يرجع عليه بقيمة الولد عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يرجع عليه بقيمة الولد ايضا لان البايع الاول ضمن للثاني سلامة الولد في ضمن البيع ولم يسلم له حيث اخذ منه قيمة الولد فيرجع به عليه كما في الثمن والرد بالعيب ولابي حنيفة ان البايع الاول ضمن للمشتري سلامة اولاده دون سلامة اولاد المشتري منه لان ضمان السلامة انما يثبت بالبيع والبيع الثاني لا يضاف اليه وانما يضاف الى البايع الثاني لمباشرته باختياره فينقطع به نسبة الاول بخلاف الثمن لان البايع الاول ضمن للبايع الثاني سلامة المبيع فلم يسلم له فلا يسلم لبايعه الثمن وبخلاف الرد بالعيب لان المشتري الاول استحقه سليما ولم يوجد

كتاب الاقرار

وهو في اللغة الاثبات يقال قر الشيء اذا ثبت واقره غيره اذا اثبته وهو في الشرع عبارة عن الاخبار بما عليه من الحقوق وهو ضد الجحود وشرط صحته ان يكون المقر بالغا عاقلا طايعا وكونه حرا ليس بشرط حتى يصح اقرار العبد وينفذ في الحال فيما لا تهمة فيه كالحدود والقصاص وفيما فيه تهمة لا يواخذ به في الحال لانه اقرار على الغير وهو المولى ويواخذ به بعد العتق لزوال المانع وهو نظير ما اذا اقر الحر لانسان بعين مملوكة لغيره لا ينفذ في الحال واذا ملكها يوما يومر بتسليمها الى المقر له لزوال المانع وهذا لان الاقرار اخبار وليس بانشاء والاخبار في ملك الغير صحيح فينفذ في حق نفسه بخلاف الانشاء ولهذا لو اقر بالطلاق والعتاق مكرها لا يصح ولو كان انشاء لصح قال رحمه هو اخبار عن ثبوت حق الغير على نفسه هذا في الشريعة وقد بيناه وقيده بان يكون على نفسه لانه لو كان على غيره لغيره يكون شهادة ولنفسه يكون دعوى قال رحمه اذا اقر حر مكلف بحق صح ولو مجهولا كشيء وحق لان الاقرار حجة شرعية ثبت حجيته بالكتاب والسنة واجماع الامة والمعقول اما الكتاب فقوله تعالى وليملل الذي عليه الحق امره بالاملال فلو لم يقبل اقراره لما كان للاملال معنى وقد نهاه الله تعالى ايضا عن كتمان الحق بقوله تعالى وليتق الله ربه ولا يبخس منه شيئا فصار نظير امره باداء الشهادة ونهيه عن كتمانها وقوله تعالى بل الانسان على نفسه بصيرة اي شاهد قاله ابن عباس رضي الله عنهما وقوله تعالى كونوا قوامين لله شهداء بالقسط ولو على انفسكم والمراد به الاقرار واما السنة فما روي انه عليه السلام رجم ماعزا والغامدية باقرارهما فاذا وجب الحد باقراره على نفسه فالمال اولى ان يجب واما الاجماع فلان الامة اجتمعت على ان الاقرار حجة في حق نفسه حتى اوجبوا عليه الحدود والقصاص باقراره وان لم يكن حجة في حق غيره لعدم ولايته عليه فالمال اولى واما المعقول فلان العاقل لا يقر على نفسه كاذبا بما فيه ضرر على نفسه او ماله فترجحت جهة الصدق في حق نفسه لعدم التهمة وكمال الولاية بخلاف اقراره في حق غيره حتى لو اقر مجهول النسب بالرق جاز ذلك على نفسه وماله ولا يصدق على اولاده وامها تهم ومدبريه ومكاتبيه بخلاف ما اذا ثبت ذلك بالبينة لان البينة انما تصير حجة بالقضاء والقاضي له ولاية عامة فينفذ في حق الكل اما الاقرار فحجة بنفسه ولا يحتاج فيه الى القضا فينفذ عليه وحده ولما ذكرنا الا اذا رده المقر له فيرتد برده ولو صدقه ثم رده لا يصح رده ولكن اذا كان يعلم انه كاذب في اقراره لا يحل له اخذه عن كره منه فيما بينه وبين الله تعالى الا اذا سلمه له بطيب من نفسه حل فيكون هبة مبتداة منه وشرط الحرية ليصح اقراره مطلقا لان العبد المحجور عليه يتاخر اقراره بالمال الى ما بعد العتق وكذا الماذون له يتاخر اقراره بما ليس من باب التجارة كاقراره بالمهر بوطي امراة تزوجها بغير اذن مولاه وكذا اذا اقر بجناية موجبة للمال لا يلزمه لان الاذن لم يتناول الا التجارة فلم يكن مسلطا عليه بخلاف ما اذا اقر بالحدود والقصاص لان العبد مبقى على اصل الحرية في حقهما الا ترى ان اقرار المولى لا يصح عليه فيه وشرط التكليف لان اقرار الصبي والمعتوه والمجنون لا يصح لانعدام اهلية الالتزام الا اذا كان الصبي او المعتوه ماذونا له فيصح اقراره بالمال لكونه من ضرورات التجارة لانه لو لم يصح اقراره لا يعامله احد فلا بد من قبول منه فدخل في الاذن كل ما كان طريقه التجارة كالديون والودايع والعواري والمضاربات والمغصوب فيصح اقراره فيها لالتحاقه في حقها بالبالغ العاقل لان الاذن يدل على عقله بخلاف ما ليس من باب التجارة كالمهر

والجنايات والكفالة حيث لا يصح اقراره بها لان التجارة مبادلة المال بالمال والمهر مبادلة مال بغير مال والجناية
ليست بمبادلة والكفالة تبرع ابتداء فلا تدخل تحت الاذن والنائم والمغمى عليه كالمجنون لعدم التمييز واقرار السكران
جايز مطلقا اذا كان سكره بطريق محظور لانه لا ينافي الخطاب الا اذا اقر بما يقبل الرجوع كالحدود الخالصة
حقا لله تعالى لان السكران لا يكاد يثبت على شيء فاقيم السكر مقامه فيما يحتمل الرجوع فلا يلزمه شيء وان سكر
بطريق مباح كالشرب مكرها لا يلزمه شيء وكذا الشرب المتخذ من الحبوب او العسل عندهما خلافا لمحمد رحمه الله تعالى
وحق مجهول ولو مجهولا كشيء وحق اي ولو كان المقر به مجهولا بان قال علي شيء او حق يلزمه لان الحق قد يلزمه
مجهولا بان يتلف مالا او يجرح جراحة او يبقى عليه باقية حساب لا يعرف قيمته وارشها لا قدرها وهو محتاج اليه
لابراء ذمته بالايفاء او التراضي فلا يمنع صحة الاقرار بخلاف الشهادة لانها لا تجوز الا بالعلم قال الله تعالى الا من شهد
بالحق وهم يعلمون وقال عليه السلام اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع ولان الشهادة لا توجب الا بقضاء القاضي
ولا يمكنه القضاء بالمجهول فيبطل اذ لا حاجة للشهود بدون العلم لانها غير واجبة عليهم وبخلاف الجهالة في المقر
له سواء تفاحشت الجهالة بان قال علي الف درهم لواحد من الناس او لم تتفاحش بان قال علي الف درهم لاحد
هذين لان المجهول لا يصلح مستحقا اذ لا يمكن جبره على البيان من غير تعيين المدعي فلا يفيد فائدة هكذا ذكره
شمس الائمة رحمه الله وذكر شيخ الاسلام في مبسوطه والناطفي في واقعاته انها اذا تفاحشت لا يجوز وان لم تتفاحش
جاز لان صاحب الحق لا يتعذر ومن ذكره وفي مثله يؤمر بالتذكر لان المقر قد نسي صاحب الحق ولا يجبر على البيان لانه
قد يؤدي الى ابطال الحق عن المستحق والقاضي نصب لايصال الحق الى مستحقه لا لابطاله فصار نظير ما اذا اعتق
احد عبديه ثم نسيه بخلاف جهالة المقر به لان الاجبار على البيان لا يؤدي الى ابطال حقه وبخلاف اعتاق احد
العبدين لان العتق لم ينزل في المحل فلا يؤدي الاجبار الى ابطال حقه ولان المقر لهما اذا اتفقا على الاخذ من المقر
واصطلحا بينهما امكن دعواهما فيصح اقراره وقال في الكافي وهو الاصح ولو كان المقر عليه مجهولا بان قال لك على
احدنا الف درهم لا يصح لان المقضي عليه مجهول ذكره في النهاية **قال رحمه الله** وجبر على بيانه لانه لزمه الخروج عما وجب
عليه بالاقرار وهذا لان كثيرا من الاسباب تتحقق مع الجهالة كالغصب والوديعة لان الانسان يغصب ما يصادف
ويودع ما عنده من غير تمييز قدره وجنسه وصفته فيحمل عليه ما لم يبين السبب فيصح حتى لو فسره بالبيع والاجارة
لا يصح اقراره لان هذه العقود لا تصح مع الجهالة فلا يجبر على البيان والاصل فيه انه متى اقر بمجهول واطلق ولم يبين
السبب يصح ويحمل على انه وجب عليه بسبب يصح مع الجهالة كالغصب ونحوه وان بين السبب ينظر فان كان سببا
لا تضره الجهالة فكذلك وان كان سببا تضره الجهالة كالبيع والاجارة لا يصح ولا يجبر الا ترى ان القاضي لو رأى انسانا
يبيع شيئا غير معين او يشتري بشيء من غير نقد بعينه لا يجبره على الايفاء فكذا اذا اقر به ولو عاين يغصب شيئا لا يعرف
قدره او يودعه يأمره بالتسليم الى صاحبه فكذا اذا اقر به **قال رحمه الله** ويبين ما له قيمة لانه اخبر عن الواجب في
ذمته وما لا قيمة له لا يجب لى فيها فاذا بينه فيه يكون رجوعا فلا يقبل وذلك مثل حبة حنطة او قطرة ماء وما اشبه
ذلك لان مثله لا يجب في الذمة عادة ولا يجري فيه التمانع ولو بين في الصبي الحر او الزوجة لا يصح وقيل يصح والاصح
وعلى هذا الخلاف لو بينه بجلد الميتة وكذا لو اقر بغصب شيء لا يسمع منه الا اذا بين بماله قيمة لان لفظ الغصب
يدل على انه يجري فيه التمانع وهو المتقوم ولو قال في قوله علي حق اردت به حق الاسلام لا يصدق لانه لا يراد
به ذلك عرفا وعليه التعويل **قال رحمه الله** والقول للمقر مع يمينه ان ادعى المقر له اكثر منه لانه المنكر **قال رحمه الله** وفي مال
لم يصدق في اقل من درهم يعني اذا قال لفلان علي مال لم يصدق في اقل من درهم لان ما دونه من الكسور لا يطلق عليه
اسم المال عادة وهو المعتبر **قال رحمه الله** ومال عظيم نصاب لانه اقر بمال موصوف بالعظم فيعتبر هذا الوصف
والنصاب عظيم في الشرع حتى اعتبر صاحبه غنيا واوجب عليه مواساة الفقراء وكذا عرفا حتى يعد من الاغنياء
وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يصدق في اقل من عشرة دراهم لانه نصاب السرقة والمهر وهو عظيم حيث تقطع به

اليد المحترمة ويستباح به البضع المحترم وعنه مثل جواب الكتاب وهو قولهما ثم يعتبر ان يبلغ نصابا
يؤخذ من جنسه الزكاة من المال الذي بينه فيه حتى اذا بينه في الابل لا يصدق في اقل من خمس وعشرين لان
ما دون ذلك قليل حيث لا تجب فيه الزكاة من جنسه والاصح انه على قولهما يبنى على حال المقر في الفقر والغنى
فان القليل عند الفقير عظيم واضعاف ذلك عند الغني ليس بعظيم وهو في الشرع متعارض فان المائتين في الزكاة
عظيم وفي السرقة والمهر العشرة عظيم فيرجع الى حاله ذكره في النهاية وحواشي الهداية معزيا الى المبسوط **قال رحمه الله**
واموال عظام ثلاثة نصب يعني من اي مال فسره لان اقل الجمع ثلاثة فلا يصدق في اقل منه للتيقن به وان بينه
بغير مال الزكاة يعتبر ان تبلغ قيمته قدر ثلاث نصب ويعتبر الادنى في ذلك للتيقن به وينبغي على قياس ما روي
عن ابي حنيفة انه يعتبر فيه حال المقر كما ذكرنا **قال رحمه الله** ودراهم كثيرة عشرة وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
لا يصدق في اقل من مائتين لان صاحب النصاب مكثر ولهذا وجب عليه مواساة غيره وله ان العشرة اقصى
ما يذكر بلفظ الجمع فكان هو الاكثر من حيث اللفظ فيصرف اليه وعلى هذا الخلاف اذا قال علي دنانير كثيرة
عندهما ينصرف الى النصاب وعنده الى العشرة وعلى هذا اذا قال له علي ثياب كثيرة او وصايف كثيرة فعنده
عشرة وعندهما يلزمه ما يساوي مائتي درهم وان قال غصبت ابلا كثيرة او بقرا كثيرة او غنما كثيرة او حنطة
كثيرة ينصرف الى اقل نصاب يؤخذ منه ما هو من جنسه عندهما وهو خمسة وعشرون من الابل والثلاثون من البقر
والاربعون من الغنم وخمسة اوسق من الحنطة وعنده يرجع الى بيان المقر ولو قال علي مال نفيس او كريم او خطير
او جليل قال الناطفي لم اجده منصوصا عليه وكان الجرجاني رحمه الله يقول يلزمه مائتان **قال رحمه الله** ودراهم ثلاثة
يعني اذا قال علي دراهم يلزمه ثلاثة دراهم لانه اقل الجمع الصحيح فصار متيقنا به والزائد على ذلك مشكوك فيه
وروى ابن سماعة عن ابي يوسف انه اذا قال له علي دراهم مضاعفة فعليه ستة دراهم لان ادنى الجمع ثلاثة وضعفها
ستة ولو قال دراهم اضعافا مضاعفة يلزمه ثمانية عشر درهما لان اضعافا لفظ جمع واقله ثلاثة فتصير تسعة
ثم بالمضاعفة تصير ثمانية عشر وكذا العكس بان قال علي دراهم مضاعفة اضعافا لانها بالمضاعفة تصير
الثلاثة ستة ثم بالاضعاف وهو جمع تصير ثمانية عشر **قال رحمه الله** ولو قال كذا درهما درهم لانه تفسير للمبهم وذكر
في التتمة والذخيرة وغيرهما يلزمه درهمان لان كذا كناية عن العدد واقل العدد اثنان اذ الواحد لا يعد حتى
يكون معه شيء آخر وفي شرح المختار قيل يلزمه عشرون وهو القياس لان كذا يذكر للعدد عرفا واقل عدد غير مركب
يذكر بعده الدرهم بالنصب عشرون ولو ذكره بالخفض روي عن محمد يلزمه مائة لانها اقل عدد يذكر بعده
الدرهم بالخفض ولو قال علي درهم عظيم يلزمه درهم واحد لان الدرهم معلوم القدر في نفسه فلا يزداد قدره
بقوله عظيم لانه وصف له ولو قال علي دريهم فعليه درهم تام لان التصغير قد يذكر على سبيل الاستقلال
فلا ينقص عن الوزن والمعتبر هو الوزن المعتاد في كل زمان ومكان وكذا في الدنانير لان التعامل يجري على المعتاد
عادة فلا يعرض عنه الا بحجة **قال رحمه الله** كذا كذا احد عشر كذا وكذا احد وعشرون ولو ثلث بالواو تزاد مائة
ولو ربع زيد الف لان هذه الكلمات مبهمة فيجب حملها على نظيرها من المفسر فاقل عددين يذكران من غير
حرف عطف بينهما احد عشر وبحرف عطف بينهما احد وعشرون وثلاثة اعداد بحرف عطف مائة وواحد وعشرون
واربعة اعداد بثلاث حروف عطف الف ومائة واحد وعشرون ولو ثلث بلا واو يجب احد عشر لانه لا نظير
له فلا يزاد على الاول ولو خمس بالواو ينبغي ان يزاد عشرة آلاف ولو سدس يزاد مائة الف ولو سبع يزاد
الف الف وعلى هذا كلما زاد عددا معطوفا بالواو زيد عليه ما جرت العادة به الى ما لا يتناهى ولو قال كذا
كذا درهما ودينارا فعليه احد عشر منهما بالسوية لانه ذكر عددا مبهما واشرك فيه جنسين فيلزمه
النصف من كل واحد منهما بخلاف ما اذا قال كذا كذا درهما وكذا كذا دينارا حيث يلزمه من كل واحد
منهما احد عشر لانه اضاف كل واحد من العددين الى كل واحد من المالين وعلى هذا في المفسر فانه اذا قال علي

يعني ان المقر لو كان فقيرا يصدق في عشرة وان كان غنيا فعليه ما يتناد درهم ومن الذهب عشرون مثقالا ودفق كل جنس من اجناس مال الزكاة لا يصدق في اقل من قدر النصاب مسكين قيمتص

احد عشر درهما ودينارا لزمه من كل واحد منهما النصف ولو قال على احد عشر درهما واحد عشر دينارا يلزمه من كل
واحد منهما احد عشر والاصل فيه انه متى ذكر مقدارا واضافه الى صنفين من المال يجب نصف كل واحد منهما كما اذا
اقر لرجلين ينقسم عليهما نصفين مثاله اذا قال على ماية مثقال ذهب وفضة او كر حنطة وشعير يجب عليه نصف كل
واحد منهما ولو قال لفلان على عشرة دراهم ونيف فالبيان في النيف اليه فان فسره باقل من درهم جاز لان النيف عبارة
عن الزيادة يقال جبل منيف اذا كان زايدا على الجبال ولو قال على بضعة وعشرون درهما لزمه ثلاثة وعشرون
لان البضعة اوتار العشرة ثلاثة وخمسة وسبعة وتسعة فيلزمه الاقل المتيقن به قال رح على او قبلي اقرار
بالدين لان كلمة على للوجوب واشتقاقها من العلو وانما كان يعلوه اذا كان دينا في ذمته بحيث لا يجد بدا من قضائه
فيخرج عنه وكلمة قبلي تنبي عن الضمان يقال قبل فلان عن فلان اي ضمن وسمي الكفيل قبيلا لانه ضامن وسمي
الصك الذي هو حجة الدين قبالة لانه يحفظه كالضامن ولو قال المقر عنيتهما اردت به وديعة ووصل صدق
لانهما ينبيان عن الوجوب والحفظ واجب على المودع والمال محله فجاز ذكر المحل وارادة الحال مجازا ولكنه
خلاف الظاهر فلا ينصرف اليه عند الاطلاق ويجوز تفسيره به متصلا لانه يحتمله مجازا ولا يجوز منفصلا لانه
تقرر حكمه بالسكوت فلا يجوز تغييره بعده لذلك كسائر المغيرات من الاستثناء والشرط وفي بعض نسخ مختصر القدوري
في قبلي انه اقرار بالامانة لان اللفظ يتناولهما يقال ليس لي قبل فلان دين وليس لي قبل فلان وديعة
وكذا اذا قال ليس لي قبل فلان حق يكون ابراء عن الدين والامانة جميعا وهذا لان حقيقتها عبارة عن الجهة
فيتناولهما والامانة ادناهما فيحمل عليه والاول هو المذكور في المبسوط وهو الاصح لان استعماله في الديون اغلب
قال رح عندي او معي او في بيتي او صندوقي او كيسي امانة لان هذه المواضع محل للعين لا للدين اذ الدين محله الذمة
والعين تحتمل ان تكون مضمونة وامانة والامانة ادناهما فيحمل عليها للتيقن به وهذا لان كلمة عند للقرب
ومع للقران وما عداهما للمكان معين فيكون من خصايص العين ولا تحتمل الدين لاستحالة كونه في هذه الاماكن
فاذا كانت من خصايص العين تعينت الامانة لما ذكرنا ولان هذه الكلمات في العرف والعادة تستعمل في الامانات
ومطلق الكلام يحمل على العرف قال رح لو قال لي عليك الف فقال اتزنه او انتقده او اجلني به او قضيتكه او احلتك
به فهو اقرار وبلا كناية لا لان الهاء كناية عن المذكور في الدعوى في جميع ذلك فصار كانه اعاد المدعى فيكون
اقرارا بها بخلاف ما اذا لم يكن فيه ضمير الالف لانه لا دليل على انصرافه الى المذكور فيكون كلاما مبتدا فلا يلزمه
شيء وهو المراد بقوله بلا كناية لا والاصل فيه ان الجواب ينتظم اعادة الخطاب ليفيد الكلام فكل ما يصلح جوابا
ولا يصلح ابتداء يجعل جوابا وما يصلح للابتدا لا للبنا او يصلح لهما فانه يجعل ابتداء لوقوع الشك في كونه
جوابا فلا يلزمه المال بالشك فان ذكرها الكناية يصلح جوابا لا ابتداء واذا لم يذكرها لا يصلح جوابا
او يصلح ابتداء وجوابا فلا يكون اقرارا بالشك هذا اذا كان الجواب مستقلا وان كان غير مستقل كقوله نعم يكون
اقرارا مطلقا لانه غير مستقل وقد اخرجه جوابا وهو صالح له فصار ما تقدم من الخطاب كالمعاد فيه وكذا لو
ادعى انه ابراه منها او تصدق عليه بها او وهبها اياه كان اقرارا لان هذه الاشيا تتلو الوجوب فيكون اقرارا
بها وكذا دعوى الاحالة بها يكون اقرارا وكذا لو قال والله لا اقضيكها او لا اتزنها لك اليوم لانه نفى
القضاء والوزن في وقت معين وذلك لا يكون الا بعد وجوب اصل المال عليه واما اذا لم يكن اصل المال واجبا
عليه فالقضا يكون منتفيا ابدا ولو قال رجل لاخر اعطني ثوب عبدي هذا فقال نعم كان اقرارا منه بالعبد
والثوب له وكذا لو قال افتح باب داري هذه او اسرج دابتي هذه او اعطني سرجها او لجامها فقال نعم كان
ذلك كله اقرارا منه لما بينا ان كلمة نعم لا تستقل فلا بد من حمله على الجواب كيلا يصير لغوا ولو قيل له هل لفلان
عليك كذا فاومى براسه نعم لا يكون اقرارا لان الاشارة من الاخرس قايمة مقام النطق لا من غيره ذكره في الكافي
قال رح وان اقر بدين موجل وادعى المقر له انه حال لزمه حالا لانه اقر بحق على نفسه وادعى حقا على المقر له

او حصص داري هذه ح

بخلاف الكوز والاكلام عج

فاقراره حجة في حقه ولا تقبل دعواه بغير حجة كما اذا اقر بعبد في يده لرجل وانه استاجره منه فانه يقبل اقراره
له به ولا تسمع دعواه الاجارة الا بحجة بخلاف ما اذا اقر بالدراهم السود فصدقه المقر له في الاصل وكذبه في الصفة حيث
يلزمه السود ولا يقبل قول المقر له فيه لان السود نوع من الدراهم فالقول قول المقر في النوع والاجل عارض لا يثبت
بنفس العقد بل بالشرط فالقول قول المنكر في العوارض بخلاف اقرار الكفيل بالدين الموجل حيث يكون القول قوله
في الاجل دون المقر له لان الاجل في الكفالة نوع حيث يثبت فيها من غير شرط بان كفل دينا موجلا وقد ذكرنا المسئلة
في الكفالة وخلاف ابي يوسف والشافعي قال رح ويحلف المقر له على الاجل لانه المنكر للاجل قال رح على ماية ودرهم
فهي دراهم وماية وثوب يفسر الماية يعني يرجع اليه في تفسير الماية وكذا ماية وثوبان بخلاف ماية وثلاثة
اثواب حيث يكون الاثواب تفسيرا للماية ايضا والقياس ان يرجع في تفسير الماية اليه في قوله ماية ودرهم
كما في قوله ماية وثوب او ماية وثوبان وهو قول الشافعي رحمه الله لانه عطف مفسرا على مبهم في الفصلين والمعطوف
غير المعطوف عليه ولم يوضع للبيان فبقيت الماية على ابهامها كما في عطف الثوب عليها وجه الاستحسان ان
عطف الموزون والمكيل على عدد مبهم يكون بيانا للمبهم عادة لان الناس استثقلوا تكرار التفسير عند
كثرة الاستعمال وذلك فيما يجري فيه التعامل وهو ما يثبت في الذمة وهو المكيل والموزون فاكتفوا بذكره
مرة لكثرة اسبابه ودورانه في الكلام بخلاف الثياب وغيره مما ليس من المقدرات لانها لا يكثر التعامل بها
لعدم ثبوتها في الذمة في جميع المعاملات فلم يستثقلوا ذكرها لقلة دورانها في الكلام والاكتفا بالثاني للكثرة
ولم يوجد فبقي على القياس بخلاف قوله ماية وثلاثة اثواب حيث تكون الاثواب تفسيرا للماية ايضا ويستوي
فيه المقدرات وغيرها لانه ذكر عددين مبهمين فاعقبهما تفسيرا فينصرف اليهما فيكون بيانا لهما وهذا
بالاجماع لان عادتهم جرت بذلك الا ترى انهم يقولون احد وعشرون ثوبا وثلاثة وخمسون درهما فينصرف
التفسير اليهما لاستوايهما في الحاجة اليه وفي النهاية روى ابن سماعة عن ابي يوسف في قوله ماية وثوب ان الكل
من الثياب وكذا في قوله ماية وشاة ووجهه ان الثياب والغنم تقسم قسمة واحدة بخلاف العبيد فانهم لا يقسمون
قسمة واحدة وما يقسم قسمة واحدة يتحقق في اعدادها المجانسة فيمكن ان يجعل المفسر منه تفسيرا للمبهم وهذا
ليس بظاهر فان عندهما تقسيم العبيد كالغنم ولا يقسمون عند ابي حنيفة ولو قال لفلان على نصف درهم ودينار
وثوب فعليه نصف كل واحد منهما وكذا لو قال نصف هذا العبد ونصف هذه الجارية لان الكلام كله وقع على
شيء بغير عينه او بعينه فينصرف النصف الى الكل كانه قال على نصف هذا ونصف هذا الى اخره بخلاف ما اذا كان
بعضه معينا وبعضه غير معين بان قال نصف هذا الدينار ودرهم حيث يجب عليه نصف هذا الدينار ويجب
عليه الدرهم كله ولو قال عشرة دراهم ودانق وقيراط فهو من الفضة لان الاكتفا بالتفسير الاول شايع عندهم
قال الله تعالى ولبثوا في كهفهم ثلاث ماية سنين وازدادوا تسعا يعني من السنين قال رح لو اقر بتمر في قوصرة
لزماه يعني التمر والقوصرة وفسر في الاصل بقوله غصبت تمرا في قوصرة ووجهه انه اقر بغصب تمر حال كونه
مظروفا ولا يتصور ذلك بدون ظرفه فلزماه بخلاف ما اذا قال غصبت تمرا من قوصرة لان كلمة من للانتزاع
فيكون مقرا بالمنزوع قال رح وعلى هذا الطعام في الجوالق او في السفينة قال رح وبدابة في اصطبل لزمته الدابة
فقط لان غير المنقول لا يضمن بالغصب عندهما وعلى قياس قول محمد يضمنهما وعلى هذا الطعام في البيت
والاصل في جنس هذه المسائل ان الظرف ان امكن ان يجعل ظرفا حقيقة فان امكن نقله لزماه وان لم يمكن نقله
لزمه المظروف خاصة عندهما لان الغصب الموجب للضمان لا يتحقق في غير المنقول ولو ادعى انه لم ينقل المظروف
لا يصدق لان اقراره بالغصب تام اذ هو مطلق فيحمل على الكمال وعند محمد لزماه جميعا لان غصب غير المنقول
متصور عنده وان لم يمكن ان يجعل ظرفا حقيقة لم يلزمه الا الاول كقوله درهم في درهم ولم يلزمه الثاني
لانه لا يصلح ان يكون ظرفا قال رح وبخاتم له الحلقة والفص لان الاسم يشملهما قال رح وبسيف له النصل

فيهما

اي قال غصبت تمرا في قوصرة وهي بالتخفيف والتشديد وعاء التمر يتخذ من القصب ويسمى بها ما دام التمر فيها والاصمعي يسمى زنبيلا كذا في المغرب مسكين

ينظر م

والجفن والحمائل لان اسم السيف يطلق على الكل النصل حديدته والجفن غمده والحمائل جمع الحمالة بكسر الحاء وهي
علاقته **قال رحمه الله** وبحجلة له العيدان والكسوة لان الاسم يطلق على هذه الجملة عادة وهي المعتبرة والحجلة بيت العروس
مزين بالثياب والاسرة والعيدان جمع عود كالديدان في جمع دود **قال رحمه الله** وبثوب في منديل او في ثوب لزماه
لانه ظرف له وهو ممكن حقيقة فيدخل فيه على ما بينا بخلاف ما اذا قال غصبت اكافا على حمار حيث يلزمه الاكاف
خاصة دون الحمار لان الحمار مذكور لبيان محل المغصوب حين اخذه وغصب الشيء من محل لا يكون مقتضيا غصب
المحل كذا ذكره في النهاية معزيا الى المبسوط **قال رحمه الله** وبثوب في عشرة له ثوب وهذا عند ابي يوسف رحمه الله وقال محمد
عليه احد عشر ثوبا لان النفيس من الثياب قد يلف في عشرة فامكن جعله ظرفا كقوله حنطة في جوالق او يحمل كلامه
على التقديم والتاخير فيصير كانه قال عشرة اثواب في ثوب ولابي يوسف وهو قول ابي حنيفة رحمه الله اولا ان العشرة
لا تكون ظرفا لثوب واحد عادة والممتنع عادة كالممتنع حقيقة اذ المعول عليها والثوب اذا لف في ثياب كان كل
واحد منها مظروفا في حق ما وراءه فلا يكون ظرفا الا الثوب الذي هو ظاهر فلا يتحقق ان يكون الكل ظرفا للواحد فلغا
اخر كلامه وحمله على التقديم والتاخير لا يمكن لان فيه احتياطا لايجاب المال مع الاحتمال لان في قد تكون بمعنى
البين قال الله تعالى فادخلي في عبادي اي بين عبادي فلا يجب بالشك وقوله النفيس من الثياب قد يلف في عشرة
اثواب منقوض بمثل هذا على عادة الفقهاء لان النقض حقيقة يكون بتخلف الحكم مع وجود العلة بما اذا قال غصبت
منديلا في عشرة اثواب حرير فانه يلزمه الكل عنده مع انه ممتنع عرفا **قال رحمه الله** وبخمسة في خمسة وعنى الضرب
خمسة وقال زفر رحمه الله عليه عشرة وقال الحسن بن زياد عليه خمسة وعشرون لان عرف الحساب لا نفهم بدونه به
ارتفاع احد العددين بقدر العدد الاخر ولزفر ان حرف في يستعمل بمعنى مع قال الله تعالى فادخلي في عبادي اي معهم
وهو الغالب بين الكافة وانما يراد به ارتفاع احد العددين بقدر الاخر عند الخواص من الناس وهم الحساب
وهذا لان حقيقة في ان تكون للظرف ولا يتصور ان يكون الدراهم ظرفا للدراهم فتعين المجاز المتعارف بين الناس
وبين اللفظين اتصال من حيث ان كل واحد منهما للجمع فصحت الاستعارة قلنا لما تعذرت الحقيقة وهي الظرفية
لغا ولا يصار الى المجاز لان المجاز متعارض لانها تستعمل بمعنى الواو للاتصال بينهما من حيث ان كل واحد منهما للجمع
وبمعنى مع على ما بينا وبمعنى على قال الله تعالى حكاية عن فرعون ولاصلبنكم في جذوع النخل اي على جذوع النخل
واذا كانت بمعنى على لا تقتضي وجوب الثاني على ما بينا من قبل وليس حملها على البعض اولى من البعض فلغت
لما ذكرنا ان الظرفين اذا تعذرت تلغوا فصار كما اذا قال على درهم في درهم اذ لا فرق بينه وبين قوله على خمسة
دراهم في خمسة دراهم لان الموجب للالغاء فيه هو تعذر الظرفية وهما فيه سواء وما ذكر الحسن لا يستقيم في الموزون
وانما ذلك في الممسوح على ان الارتفاع الذي ذكره يراد به تكثير الاجزاء او تكثير الاعداد صحيحة وتكثير الاجزاء لا يوجب
تكثير العدد وهو المتعارف عند الحساب **قال رحمه الله** وعشرة ان عنى مع اي يلزمه عشرة ان اراد به معنى مع لان
اللفظ وهو حرف في يحتمله مجازا على ما بينا فاذا نوى محتمل كلامه صحت نيته لا سيما اذا كان فيه تشديد على نفسه
على ما عرف في موضعه **قال رحمه الله** له على من درهم الى عشرة او ما بين درهم الى عشرة له تسعة وهذا عند ابي حنيفة وقالا
تلزمه العشرة كلها وقال زفر يلزمه ثمانية وهو القياس لانه جعل الدرهم الاول والاخير حدا والحد لا يدخل في المحدود
فلا تدخل الغايتان فصار كما اذا قال لفلان من هذا الحائط الى هذا الحائط او ما بين هذين الحائطين فان
هذين الحائطين لا يدخلان في الاقرار فكذا هذا ولابي يوسف ومحمد ان الغاية لا بد ان تكون موجودا اذ المعدوم
لا يصلح ان يكون حدا الموجود ووجوده بوجوبه فتدخل الغايتان بخلاف ما ذكر من المحسوس لانه موجود فيصلح
حدا فلا يدخلان ولنا ان الغاية لا تدخل في المغيا لان الحد غير المحدود هذا هو الاصل كما قال زفر لكن هنا
لا بد من ادخال الغاية الاولى لان الدرهم الثاني والثالث لا يتحقق بدون الاولى فدخلت الغاية الاولى ضرورة
ولا ضرورة في ادخال الثانية فاخذنا بالقياس فلا تدخل ولان العدد يقتضي ابتداء فاذا اخرجنا الاول من ان يكون

ابتداء صار الثاني هو الابتداء فيخرج هو ايضا من ان يكون ابتداء كالاول وكذا الثالث والرابع الى اخره فيؤدي الى
خروج الكل من ان يكون واجبا فكان باطلا ولو قال على لفلان كر حنطة الى كر شعير فعليه عند ابي حنيفة رحمه الله
كر حنطة وكر شعير الا قفيزا لان القفيز الاخير من الشعير هو الغاية الثانية وعندهما يلزمه الكران ولو قال له على
عشرة دراهم الى عشرة دنانير فعند ابي حنيفة يلزمه الدراهم وتسعة دنانير وعندهما يلزمه عشرة دراهم
وعشرة دنانير ذكره المشايخ في النهاية **قال رحمه الله** ولو من داري ما بين هذا الحائط الى هذا الحائط له ما بينهما
فقط لما ذكرنا ان الغاية لا تدخل في المغيا **قال رحمه الله** وصح الاقرار بالحمل وللحمل ان بين سببا صالحا والا فلا
وقوله ان بين سببا صالحا متعلق بالاقرار للحمل لان الاقرار للحمل هو الذي يشترط فيه بيان السبب الصالح
لانه ان بين فيه سببا صالحا بان قال مات ابوه فورثه او اوصى له به فلان يجوز والا فلا وهذا عند ابي يوسف
وعند محمد يجوز وان لم يبين السبب واما الاقرار بالحمل فجائز بالاجماع وان لم يبين السبب لمحمد رحمه الله في الخلافية
ان الاقرار حجة موجبة فيجب اعمالها ما امكن وقد امكن حمله على السبب الصالح لانه يمكن انه ورثه او اوصى
له به فلا يصار الى الابطال مع الامكان فصار كاقرار العبد المأذون له والصبي المأذون له في التجارة فانه يجوز
لامكان الجواز وان احتمل الفساد بان اقر بمال ليس من التجارة ولهذا جاز اقراره بالحمل مع احتمال الفساد ولابي يوسف
ان لجوازه طريقين الارث والوصية وليس احدهما باولى من الاخر فيبطل كمن اشترى عبدا بالف ثم باعه وعبدا
اخر معه من البايع بالف وخمسمائة فانه يبطل في العبد المشترى وان امكن جوازه بان يجعل الالف واكثر حصة
المشترى والباقي حصة الاخر بخلاف اقرار المأذون له في التجارة لان لصحته جهة واحدة وهي التجارة وبخلاف
الاقرار بالحمل لان لصحته جهة واحدة وهي الوصية على ما قالوا لان الحمل وحده لا يملك الا بالوصية فتعينت
سببا ولان مطلق الاقرار ينصرف الى الاقرار بسبب التجارة ولهذا يجوز اقرار العبد المأذون له وينفذ اقرار احد
المتفاوضين على شريكه ولولا ذلك لما جاز ولا نفذ فصار كما اذا صرح به ولا يتصور البيع من الجنين ولا يلي
عليه احد فيبطل وحاصله ان المسألة ثلاث صور اما ان يبهم الاقرار فهو على الخلاف واما ان يبين سببا صالحا
فيجوز بالاجماع واما ان يبين سببا غير صالح فلا يجوز بالاجماع ولا يقال ظاهر اقراره يقتضي الوجوب فكيف يقدر
على ابطاله ببيان سبب غير صالح والابطال رجوع عن الاقرار وهو لا يملك الرجوع لانا نقول ليس برجوع وانما هو
بيان سبب محتمل لانه يحتمل ان احدا من اوليائه باعه عنه فيحسب ان ذلك صحيح فيقر به ويضيفه الى
الجنين ايضا مجازا كما يقال بنى فلان دارا وان كان البانى غيره وهم الاجراء اذا صح الاقرار للحمل انما يصح اذا
جاءت به في مدة يعلم انه كان موجودا وقت الاقرار ويحتمل وذلك بان تضعه لاقل من ستة اشهر اذا كانت
ذات زوج او لاقل من سنتين من وقت الفراق اذا كانت معتدة ثم ان ولدته حيا كان له ما اقر به وان ولدته
ميتا يرد الى ورثة الموصي او ورثة ابيه وان ولدت ولدين فان كانا ذكرين او انثيين فهو بينهما نصفان
وان كان احدهما ذكرا والاخر انثى فكذلك في الوصية وفي الارث للذكر مثل حظ الانثيين وقد ذكرنا ان الاقرار
بالحمل جائز بالاجماع وان ابهم ولم يبين السبب وذكرنا الفرق لابي يوسف بينه وبين الاقرار له ثم ان كان
المقر به حمل جارية فانما يستحقه المقر له اذا علم وجوده وقت الاقرار واحتمل ذلك على الوجه الذي بينا
وان كان حمل بهائم يقدر بادنى مدة يتصور ذلك عند اهل الخبرة على ما جرت به عادتهم **قال رحمه الله** وان
اقر بشرط الخيار لزمه المال وبطل الشرط معناه انه اذا قال على لفلان الف درهم قرض او غصب او وديعة
او عارية قائمة او مستهلكة على انه بالخيار ثلاثة ايام وانما لزمه لان الاقرار حجة ملزمة على ما بينا من
قبل وهو اخبار عن الكاين وليس بانشاء والاخبار لا يقبل الخيار لان الخيار ليتغير به صفة العقد ويتخير من
له الخيار بين امضائه وفسخه والخبر لا يتصور فيه ذلك لانه ان كان صادقا فهو صدق اختار او لم يختر
وان كان كاذبا لم يتغير باختياره ولا بعدم اختياره فتعين الالغاء ولان الخيار في معنى التعليق بالشرط والخبر

لا يحتمل التعليق بالشرط لعدم حكمه وهو الاعدام واما اذا قال على الف درهم من ثمن مبيع بعته على انى بالخيار صح ويثبت الخيار اذا صدقه المقر له او اقام على ذلك البينة لان المقر به عقد يقبل الخيار فيصح اذا ثبت بحجة وان كذبه المقر له لم يثبت الخيار وكان القول قول المقر له لانه من العوارض كالاجل والقول في العوارض قول المنكر وان اقر بالدين بسبب كفالة على انه بالخيار في مدة معلومة طويلة او قصيرة جاز ان صدقه المقر له لان الكفالة عقد يصح اشتراط الخيار فيه بخلاف الصور المتقدمة فيه لانها افعال لا تقبل الخيار فكذا الاقرار بها والله اعلم

باب الاستثناء وما في معناه

الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا عندنا واخراج بعد الدخول عند الشافعي بطريق المعارضة وهذا مشكل فان الاستثناء جائز في الطلاق والعتاق ولو كان اخراجا لما صح لانهما لا يحتملان الرجوع والرفع بعد الوقوع وتظهر ثمرة الخلاف فيما اذا قال لفلان على الف درهم الا مائة او خمسين فعندنا يلزمه تسعمائة لانه لما كان تكلما بالباقي وكان مانعا من الدخول شككنا في التكلم به والاصل فراغ الذمم فلا يلزم الزائد بالشك فصار نظير ما لو قال على تسعمائة او تسعمائة وخمسون فانه يلزمه الاقل وعنده لما دخل الالف كله صار الشك في المخرج فيخرج الاقل وهو خمسون والباقي على حاله قال رحمه الله صح استثناء بعض ما اقر به متصلا ولزمه الباقي لما ذكرنا انه تكلم بالباقي بعد الثنيا وصار اسما له فيلزمه كانه تكلم بالباقي ابتداء ثم اطلاق لفظ البعض في الكتاب من غير تقييد بشيء دليل على ان الاكثر جائز وهو المذهب وقال الفراء لا يجوز لان العرب لم تتكلم به قلنا تكلمت به العرب وهو موجود في القرآن قال الله تعالى لاغوينهم اجمعين الا عبادك منهم المخلصين ثم قال ان عبادي ليس لك عليهم سلطان الا من اتبعك من الغاوين فاستثنى المخلصين تارة والغاوين اخرى فايهما كان اكثر لزمه وقال الشاعر ادوا التي نقصت تسعين من مائة ثم ابعثوا حكما بالعدل حكاما استثنى تسعين من مائة وان لم يكن باداته لانه في معناه وقال صاحب النهاية ولا فرق بين ان استثنى الاقل او الاكثر وان لم تتكلم به العرب لا يمنع صحته اذا كان موافقا لطريقهم كاستثناء الكسور لم تتكلم به العرب وهو صحيح ثم لا فرق بين ان يكون الاستثناء مما لا يقسم او يقسم حتى اذا قال هذا العبد لفلان الا ثلثه او قال الا ثلثيه صح قال رحمه الله لا استثناء الكل اى لا يصح استثناء الكل لان الاستثناء تكلم بالحاصل بعده ولم يبق شيء ليصير متكلما به فيكون رجوعا فلا يصح وهذا اذا كان الاستثناء بلفظ المستثنى منه مثل ان يقول على عشرة الا عشرة او يقول هولاء احرار الا هولاء واما اذا كان بخلاف لفظه يجوز وان اتى على الكل وذلك مثل ان يقول عبيدي احرار الا هولاء او يقول نساى طوالق الا هولاء او يقول عبيدي احرار الا مبارك وسالم وبديع او يقول نساى طوالق الا زينب وعمرة وفاطمة وليس له عبيد ولا نساء غير المستثنى صح الاستثناء فلا يعتق واحد منهم ولا تطلق واحدة منهن لانه اذا اختلف اللفظ يتوهم بقاء شيء من المستثنى منه اذ اللفظ صالح لذلك ويكفي لصحة الاستثناء ولا يشترط حقيقة البقاء لان الاستثناء يتبع صحة الكلام لفظا لا حقيقة ما دخل تحته الا ترى انه لو قال لامراته انت طالق الفا الا تسعمائة وتسعة وتسعين يصح حتى لا يقع عليها الا واحدة ولو كان يتبع صحة الحكم لوقع الثلاث كما اذا قال انت طالق ثلاثا الا الفا وعلى هذا لو قال اوصيت بثلث مالى الا ثلث مالى لا يصح الاستثناء ويأخذ الموصى له ثلث ماله ولو قال اوصيت له بثلث مالى الا الفا وثلث ماله الف او غير صح الاستثناء ولا يستحق الموصى له شيئا لما ذكرنا انه يتبع صحة اللفظ لانه تصرف لفظي فيبتنى على صحة اللفظ لا على صحة الحكم بخلاف ما اذا وقع الاستثناء بعين ذلك اللفظ لانه لا يصلح لاخراج بعض ما تناوله اللفظ ولا التكلم بالحاصل بعد الثنيا فلم يصح لفظا ولا استثناء قال رحمه الله وصح استثناء الكيلي والوزني من الدراهم لا غيرهما حتى اذا قال على الف درهم الا قفيز حنطة او الا دينارا صح وكذا لو قال على مائة دينار الا قفيز شعير او الا عشرة دراهم صح وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد وزفر لا يصح ولو قال له على مائة درهم الا ثوبا لا يصح باتفاق اصحابنا وقال الشافعي يصح فيهما يعني في المثلي وغيره لان حكم الاستثناء امتناع ثبوت الحكم في المستثنى لقيام الدليل المعارض عنده بمنزلة دليل الخصوص من العموم فاذا قال على عشرة الا خمسة يصير كانه قال الا خمسة فانها ليست على

فاذا كان

فاذا كان بطريق المعارضة يجب العمل بالدليل المعارض بقدر الامكان فان كان المعارض من جنسه يجب اخراج قدره وان كان من خلاف جنسه يجب اخراج قيمته عملا بالدليل المعارض بقدر الامكان ولمحمد وزفر ان الاستثناء اخراج بعض ما تناوله صدر الكلام على معنى انه لولا الاستثناء لكان داخلا تحت اللفظ وهذا لا يتصور في خلاف الجنس لعدم دخوله تحت اللفظ ولابي حنيفة وابي يوسف ان القياس ما قاله محمد وزفر لما بينا الا انهما استحسنا في المقدرات وهي المكيل والموزون لانها جنس واحد في المعنى من حيث انها تثبت في الذمة حالا ومؤجلا ويجوز استقراضها وان اختلفت صورها فاذا كانت في المعنى جنسا واحدا جاز استثناؤها باعتبار المعنى لان الاستثناء استخراج بطريق المعنى على ان يصير الكلام به عبارة عما وراء المستثنى وما ذكره الشافعي لا معنى له لان المعارضة لا تثبت عند اختلاف المحل لان انتفاء احدهما لا ينافي ثبوت الاخر فلا يتعارضان ولان العبد لا يقدر على ان ينفي ما عليه من الواجب بطريق المعارضة اذا اقر به لزمه ولا يتصور ان ينفي بعد ذلك بانكاره ولو كان بطريق المعارضة كما ذكره لاستوى فيه البعض والكل كالنسخ وكذا كان يستوي فيه الاتصال والانفصال لان المعارض لا يشترط ان يكون مقارنا وانما ذاك في المغير ولان الاقرار خبر ولو كان بطريق المعارضة لكان احدهما كذبا وذلك لا يجوز لانه موجود في القرآن قال الله تعالى فلبث فيهم الف سنة الا خمسين عاما ولو كان هذا خبرا عن لبثه فيهم الف سنة ثم اخبر انه لم يلبث الا خمسين عاما منها لكان كذبا تعالى الله عن ذلك علوا كبيرا وانما هو اسم للباقي بعد الثنيا كانه قال فلبث فيهم تسعمائة وخمسين عاما الا ترى انك اذا قلت على عشرة الا خمسة كان كأنك قلت على خمسة لا انك اقررت بعشرة ثم اسقطت الخمسة بعد ذلك بكلام معارض والمعدود الذي لا تتفاوت احاده كالفلوس مثل المكيل والموزون حتى يجوز استثناؤه من الدراهم والدنانير قال رحمه الله ولو وصل باقراره ان شاء الله بطل اقراره لانه ابطال او تعليق على ما بيناه في الطلاق فان كان الاول فقد بطل وهو ظاهر وان كان الثاني فكذلك لان الاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط حتى اذا قال لفلان على الف درهم ان شاء فلان كان الاقرار باطلا وان شاء فلان لانه علقه بشرط في وجوده خطر والاقرار لا يحتمله لان التعليق يمين والاقرار لا يحلف به ولانه اخبار متردد بين الصدق والكذب فان كان صدقا لا يصير كذبا بفوات الشرط وان كان كذبا لا يصير صدقا بوجود الشرط فلا يليق به اصلا وانما التعليق فيما هو ايجاب ليتبين بالتعليق انه ليس بايقاع ما لم يوجد الشرط وكذلك كل اقرار علق بالشرط نحو قوله ان دخلت الدار او مطرت السماء او هبت الريح او ان قضى الله تعالى او اراده او رضيه او احبه او قدره او يسره او ان بشرت بذلك فهذا كله وما يشاكله مبطل للاقرار اذا كان موصولا للمعنى الذي ذكرنا ولو قال اشهدوا ان له على الف درهم ان مت فهو عليه ان مات او عاش فان هذا ليس بتعليق فان موته كائن لا محالة ومراده ان يشهدهم على المال المقر به حتى لا تبقى ذمته مرتهنة ليشهدوا بعد موته اذا جحدت الورثة فيكون راجعا الى تاكيد الاقرار فيلزمه المال عاش او مات وكذا لو قال على الف اذا جاء راس الشهر او اذا افطر الناس او الى الفطر او الى الاضحى لان هذا ليس بتعليق وانما هو دعوى الاجل الى الوقت المذكور فيكون اقراره مقبولا ودعواه الاجل لا يقبل الا بحجة هكذا ذكره في النهاية وذكر في المحيط في باب تعليق الاقرار بالشرط هذه المسئلة فقال اصلها ان تعليق الاقرار بالشرط باطل والمال لازم لان الاقرار اخبار عن كائن سابق والكائن لا يعلق بالشرط وانما يعلق بالشرط غير الكائن ليصير كائنا عند وجود الشرط ولانه اخبار متردد بين الصدق والكذب فان كان صادقا لا يصير كاذبا بفوات الشرط وان كان كاذبا لا يصير صادقا بوجود الشرط فلا فائدة في تعليقه بالشرط فلغا تعليق الاقرار بالشرط الا اذا كان الشرط سببا لحلول الاجل كالموت ومجيء الغد فيصح تعليقه بذلك الشرط لانه يراد به الاخبار عن محل الاجل هكذا ذكره في مسائل المبسوط وذكر في النهاية في اوائل هذه المسئلة معزيا الى المبسوط فقال لو قال غصبتك هذا العبد امس ان شاء الله لم يلزمه شيء استحسانا والقياس استثناؤه باطل لان ذكر الاستثناء بمنزلة ذكر الشرط وذلك انما يصح في الانشاءات دون الاخبارات ولكنه استحسن فقال الاستثناء يخرج الكلام من ان يكون عزيمة لا ان يكون في معنى الشرط الا ترى ان موسى عليه السلام لم يعاتب على ترك الصبر ولو لم يخرج لعوتب لان الوعد من الانبياء عليهم الصلاة والسلام كالعهد من غيرهم والاقرار لا يكون الا بكلام هو عزيمة

ثم المجانسة بين الدراهم والدنانير والمكيل والموزون ثابتة من حيث الثمنية اما الدراهم والدنانير فظاهر واما سائر المكيلات والموزونات فلكونها صالحة للوجوب في الذمة بخلاف الثياب لانها ليست بثمن اصلا مستخلص

اى قال له على الف درهم ان شاء الله بطل اقراره ولا يلزمه شيء مسكين

حتى لو كذبه المقر له يجب المال حالا مستخلص

وهذا اشير اليه ما قال في المحيط وشرط في المختصر ان يكون موصولا لانه لو كان مفصولا لا يؤثر خلافا لابن عباس رضي الله عنهما
هو استدل بما روي عنه عليه السلام انه قال والله لاغزون قريشا ثم قال بعد سنة ان شاء الله قلنا هو مغير والمغير
لا يصح الا متصلا كالشرط واستثناء النبي صلى الله عليه وسلم كان لامتثال امر الله تعالى بقدر الامكان لا لمنع الانعقاد وقد
ذكرناه في كتاب الطلاق هل هذا الاستثناء تعليق بشرط لا يعلم وجوده او ابطال وذكرنا الخلاف فيه بين ابي يوسف ومحمد
فلا نعيده **قال رحمه الله** ولو استثنى البناء من الدار فهما للمقر له لان البناء دخل في الاقرار تبعا لا مقصودا فصار وصفا
والاستثناء تصرف لفظي فلا يصح الا من الملفوظ ولكون البناء وصفا لا يسقط باستحقاقه قبل القبض شيء من الثمن وانما
يثبت للمشتري الخيار كفوات سائر الاوصاف بخلاف ما اذا قال الا ثلثها او الا ثلثيها لان اجزاء الدار داخلة تحت
لفظ الدار فصح استثناؤها ولهذا لو استحق هذا الجزء قبل القبض تسقط حصته من الثمن والطوق في الجارية والفص
في الخاتم والنخلة في البستان نظير البناء في الدار **قال رحمه الله** وان قال بناؤها لي والعرصة لفلان فهو كما قال لان العرصة
عبارة عن البقعة دون البناء فصار كانه قال بياض هذه الارض دون البناء لفلان بخلاف ما اذا قال مكان العرصة الارض
بان قال بناء هذه الدار لي وارضها لفلان حيث يكون له البناء ايضا لان الارض كالدار فيتبعها البناء بخلاف ما اذا قال
بناء هذه الدار لزيد والارض لعمرو حيث يكون لكل واحد منهما ما اقر له به لانه لما اقر بالبناء لزيد صار ملكا له فلا
يخرج عن ملكه باقراره لعمرو بالارض اذ لا يصدق في حق غيره بخلاف المسئلة الاولى لان البناء مملوك له فاذا اقر
بالارض لغيره تبعها لان اقراره مقبول في حق نفسه ولو قال الارض هذه الدار لفلان وبناؤها لي او لفلان كان الكل للاول
لانه لما اقر بالارض له ملك البناء تبعا فلا يقبل قوله بعد ذلك انه لغيره ولو قال بناء هذه الدار لفلان وارضها
لفلان فلكل واحد منهما ما اقر له به لقيام ملكه عند الاقرار لهما فينفذ وتخريج جنس هذه المسائل مبني على ان دعواه
لنفسه لا يمنع صحة الاقرار به لغيره وان اقراره لا يقبل في حق غيره **قال رحمه الله** ولو قال علي الف من ثمن عبد لم اقبضه فان
عين العبد سلمه الى المقر له الالف والا فلا اي ان عين المقر العبد وسلمه المقر الى المقر له لزم المشتري الثمن بهذا القيد
لانه اقر له بالف على صفة فتلزمه على الصفة التي اقر بها وهذه المسئلة على وجوه احدها ما ذكرنا وهو ما اذا صدقه
وسلمه اليه وحكمه ما ذكرنا لان ما يثبت بتصادقهما يكون كالثابت عيانا والثاني ان يقول المقر له العبد عبدك ما
بعتكه وانما بعتك عبدا اخر وسلمته اليك وحكمه كالاول لانهما اتفقا على ما اقر به من ان كل واحد منهما
يستحق ما اقر به غير انهما اختلفا في سبب الاستحقاق ولا يبالي باختلافهما ولا باختلاف السبب عند حصول
المقصود واتحاد الحكم فصار كما اذا اقر له بغصب الف درهم فقال المقر له هي قرض فانه يؤمر بالدفع اليه لاتفاقهما
على الاستحقاق والثالث ان يقول العبد عبدي ما بعتكه وحكمه ان لا يلزم المقر شيء لما ذكرنا انه اقر له على صفة
وهي سلامة العبد فلا يلزمه بدونها والرابع ان يقول المقر له لم ابعك هذا العبد وانما بعتك عبدا اخر
فحكمه ان يتحالفا لانهما اختلفا في المبيع وهو يوجب التحالف **قال رحمه الله** وان لم يعين لزمه الالف كقوله من ثمن
خمر او خنزير اي ان لم يعين المقر العبد لزمه الالف كما اذا اقر بالف من ثمن خمر فانه يلزمه الالف ولم يقبل قوله
انه لم يقبض المبيع ولا تفسيره بثمن الخمر وصل ام فصل وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد ان وصل صدق
في المسئلتين فلا يلزمه شيء وان فصل لم يصدق اذا انكر المقر له ان يكون ذلك من ثمن عبد او خمر لانه اقر له بالمال
وبين سببه وهو غير صالح لان ثمن عبد مجهول لا يجب سواء كانت الجهالة عند العقد او بعده بالاختلاط
بامثاله لانه يفسد به العقد او يهلك به المبيع قبل القبض فلا يجب به الثمن وكذا ثمن الخمر لا يجب وصدر
كلامه يقتضي الوجوب فصار بيانا مغيرا كالاستثناء والشرط والمغير يصح موصولا لا مفصولا ولابي حنيفة رحمه الله
ان صدر كلامه لما كان للوجوب فانيا به في اخره بما ينافي الوجوب رجوع عنه فلا يصح موصولا كان او مفصولا
ولان المقر لو ادعى تاجيل الثمن الى شهر لا يقبل اقراره في التاجيل ويجب عليه حالا ففي اضافته البيع الى المجهول
وانه يؤدي الى التاجيل ابدا كان اولى بيانه ان الثمن لا يجب تسليمه الا بعد احضار البايع المبيع فلو احضر

المقر له

الا انه اقر بوجوب المال بالتزامه بكلام متناقض

البايع عبدنا

البايع عينا ليسلمه اليه فللمشتري ان يقول المبيع غير هذا فكذا في الثاني والثالث الى ما لا يتناهى فلا يصل البايع
الى قبض الثمن ابدا فكان باطلا بخلاف ما اذا كان المبيع معينا لانه لا يتاتى فيه ذلك فلا يؤدي الى البطلان فيلزمه
على الوجه الذي اقر به على ما بيناه هذا اذا اكذبه المقر له وان صدقه في السبب بان قال بعتكه فكذلك عند ابي حنيفة
لانه لزمه الثمن بالاقرار فلا يسقط عنه الا اذا اقر المقر له ان المقر لم يقبض المبيع وعندهما القول قول المقر انه لم يقبض
المبيع فصل ام وصل لان البيع لما ثبت بتصادقهما بقي امر القبض مجهولا لانه لم يقر بقبض المبيع نصا ولا اقتضاء
لان الاقرار بوجوب الثمن لا يكون اقرارا بقبض المبيع اذ هو واجب بالعقد فصار كما اذا عين المبيع بخلاف ما اذا
لم يصدقه في السبب حيث لا يصح مفصولا لانه تغيير على ما بينا فلا يصح مفصولا وهنا لا تغيير فيه لتصادقهما
في السبب فصار من باب المجملات فيصح بيانه مفصولا وموصولا ولو قال اني اشتريت منه مبيعا الا اني لم اقبضه
كان القول قوله بالاجماع لانه لم يقر بوجوب الثمن عليه وانما اقر بوجوب الشراء منه ومجرد العقد لا يجب الثمن
لانه اذا اشتراه بشرط الخيار له لا يجب عليه الثمن وانما يجب بالقبض فلا يكون الاقرار بالعقد اقرارا بالقبض
فلا يجب بخلاف ما تقدم عند ابي حنيفة مطلقا وعندهما اذا فصل البيان لانه قد اقر هناك بالوجوب فلا يسقط
باخر كلامه على اختلافهم على ما بينا ولو قال لفلان علي الف درهم حرام او ربا فهي لازمة له لاحتمال ان يكون
هذا حلالا عند غيره ولو قال لفلان علي الف درهم زور او باطل وان صدقه المقر له فلا شيء عليه وان كذبه لزمه
ولو اقر انه باع عبده هذا من فلان وادعى انه لم يقبض الثمن وجحده كان له ذلك لان العبد في يده فالظاهر انه
ملكه فاذا اقر به لغيره يتقيد على الوجه الذي اقر به وكان القول له اذا انكر المقر له **قال رحمه الله** ولو قال من ثمن متاع
او قال اقرضني وهي زيوف او نبهرجة لزمه الجياد بخلاف الغصب والوديعة وهذا عند ابي حنيفة وقالا ان وصل
صدق وان فصل لا يصدق وقال في الهداية وعلى هذا الخلاف اذا قال هي ستوقة او رصاص وذكر في النهاية
لابي يوسف فيهما روايتان وعزاه الى الجامع الصغير لقاضي خان لهما انه تفسير مغير فيصح بشرط الوصل وهذا لان
اسم الدراهم يتناول الجياد والزيوف حقيقة حتى لو تجوز بالزيوف في الصرف والسلم جاز والستوقة مجازه
الا ان مطلقه ينصرف الى الجياد لان التعامل يقع بها والاذهان تسبق اليها فكان مغيرا للاصل من هذا الوجه
فيصح بشرط الوصل كما اذا قال الا انها وزن خمسة ونقد البلد وزن سبعة ولابي حنيفة رحمه الله ان هذه الاشياء
عيب والعقد يقتضي السلامة عنه ودعواها رجوع عن مقتضى ما اقر به فلا يصح فصار كما اذا قال بعتك معيبا
وقال المشتري لا بل سليما فالقول له لما ذكرنا والستوقة والرصاص ليسا من الاثمان والبيع يرد على الثمن فكان
رجوعا بخلاف قوله الا انها وزن خمسة لانه استثنى القدر فصار مغيرا فيصح بشرط الوصل وبخلاف ما اذا قال
علي كر حنطة من ثمن دار اشتريتها منه الا انها ردية حيث يقبل موصولا ومفصولا لان الرداءة نوع لا عيب
فمطلق العقد لا يقتضي السلامة عنها بخلاف الجودة لان العقد يقتضيها ولا يصح استثناؤها على ما بينا
في استثناء البناء بخلاف ما اذا اقر بغصب الف درهم او بالوديعة حيث يقبل قوله في هذه الاشياء لان الغصب
لا يقتضي السلامة لان الانسان يغصب ما يصادف ويودع ما عنده فلا يقتضي السلامة فيقبل قوله الا انه في
الزيوف والنبهرجة يقبل قوله مطلقا مفصولا وموصولا لانهما نوع من الدراهم وفيه يقبل مفصولا ولان
الاختلاف اذا وقع في المقبوض كان القول قول القابض ضمينا كان او امينا وفي الستوقة لا يصدق الا موصولا
لانها ليست من جنس الدراهم وانما يتناولها الاسم مجازا فكان من باب التغيير فلا يصح مفصولا وعن ابي حنيفة
في غير رواية الاصول في القرض انه يصدق في الزيوف ان وصل لان القرض يتم بالقبض فاشبه الغصب والوديعة
والظاهر هو الاول لانه يجب بالتعامل فاشبه ما يجب بالبيع وعن ابي يوسف انه لو قال غصبت الفا ثم قال هي
زيوف لم يصدق اذا فصل كما في القرض لان كلا منهما مضمون عليه بالقبض ولو قال لفلان علي الف درهم
زيوف ولم يذكر السبب قيل يصدق اجماعا اذا وصل لانه لم يصرح بالعقد واستحقاق الجودة به وقيل هو على الخلاف

أي في صورة تصديق المقر له في السبب هو

مطلب قال المصري سليما قيد لقوله

أي قال او دعى الغائم قال هي زيوف ولم يذكر الجنس متصلا

أي كونها جيادا فيكون هذا بيان النوع فيصح وان فصل هو

لان مطلق الوجوب يحمل على انه وجب عليه بسبب موضوع له وهو التجارة فيكون على الخلاف قال رحمه الله ولو قال
الا انه ينقص كذا متصلا صدق وان فصل لا لان هذا استثناء القدر فيكون تغييرا فيصح موصولا لا مفصولا على ما بينا
غير مرة ولو كان الانقطاع بسبب انقطاع النفس او بسبب دفع السعال فعن ابي يوسف انه يصح اذا وصله به وعليه
الفتوى لان الانسان يحتاج الى ان يتكلم بكلام كثير ويذكر الاستثناء في آخره ولا يمكن ان يتكلم بجميع ذلك بنفس
واحد فلو لم يجعل عذرا يكون عليهم حرج وعليه الفتوى قال رحمه الله ومن اقر بغصب ثوب وجاء بمعيب صدق
لان الغصب لا يختص بالسليم كالوديعة على ما بينا قال رحمه الله وان قال اخذت منك الفا وديعة وهلكت وقال اخذتها
غصبا فهو ضامن لانه اقر بسبب الضمان وهو الاخذ لان اخذ مال الغير سبب لوجوب الضمان لقوله عليه السلام
على اليد ما اخذت حتى ترد ثم ادعى ما يوجب البراءة وهو الاذن بالاخذ والآخر ينكره فكان القول قوله مع يمينه
ووجب الضمان على المقر باقراره بسبب الضمان الا ان ينكل الخصم عن اليمين وهذا بخلاف ما اذا قال له بل اخذتها
رضا حيث يكون القول قول المقر لانهما تصادقا على ان الاخذ حصل باذنه والاخذ باذن المالك لا يكون سببا
لوجوب الضمان على الآخذ الا باعتبار عقد الضمان فالمالك يدعي عليه العقد وذلك ينكره فالقول قول المنكر وعلى
هذا اذا اقر باخذ الثوب وديعة وقال المقر له بل اخذته بيعا كان القول قول المقر لما ذكرنا قال رحمه الله ولو قال اعطيتنيها
وديعة وقال غصبتنيها لا اي لو قال المقر اعطيتني الف درهم وديعة فهلكت وقال المالك لا بل غصبتها مني لا
يضمن المقر لانه لم يقر بسبب الضمان بل اقر بالاعطاء وهو فعل المقر له فلا يكون مقرا على نفسه بسبب الضمان والمقر له
يدعي سبب الضمان وهو ينكر فكان القول قول المنكر والاقرار بالقبض كالاقرار بالاخذ فيوجب الضمان والاقرار بالدفع
كالاقرار بالاعطاء فلا يوجب الضمان فان قيل الاعطاء وهو الدفع لا يكون الا بقبضه فوجب ان يكون اقرارا بالقبض
قلنا قد يكون هو بالتخلية والوضع بين يديه ولو اقتضى ذلك فالمقتضى لا عموم له لانه ثابت ضرورة فيتقدر
بقدر الضرورة فلا يظهر في حق انعقاده سببا للضمان لانه عدم في حق غيره قال رحمه الله وان قال هذا كان وديعة
لي عندك فاخذته فقال هو لي اخذه لان المقر له اقر باليد له ثم بالاخذ منه وهو سبب الضمان على ما بينا وادعى
استحقاقه عليه فلا تقبل دعواه فوجب عليه رد العين ان كان قائما او القيمة وكذا لو قال اقرضتك الف درهم
ثم اخذتها منك يجب على المقر دفعها اليه لما ذكرنا قال رحمه الله وان قال آجرت بعيري او ثوبي هذا فلانا فركبه
او لبسه ورده فالقول للمقر وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد القول قول من اخذ منه البعير والثوب
وهو القياس وعلى هذا الخلاف الاقرار بالاعارة او الاسكان ثم اخذه منه وجه القياس انه اقر باليد
له ثم ادعى عليه الاستحقاق فيقبل اقراره له دون دعواه عليه فيجب عليه الرد كما في فصل الوديعة والقرض
على ما مر وجه الاستحسان ان اليد في الاجارة تثبت ضرورة استيفاء المعقود عليه وهو المنافع فلا يكون
اقرارا باليد لهما مقصودا فلا يظهر في حق الاستحقاق على المقر بخلاف الوديعة والقرض لان اليد فيهما مقصودة
فيكون الاقرار بهما اقرارا لهما باليد ولان المقر في الاجارة او الاعارة اقر بيد ثابتة من جهته فيكون القول قوله
في كيفيتهما ولم يقر بذلك في مسألة الوديعة والقرض فانه قال كان وديعة وقد تكون من غير صنعه بان يهب
فيه الهواء او يلقيه في داره حتى لو قال اودعتها كان على الخلاف وليس مدار الفرق على ذكر الاخذ في الوديعة
ونحوها وعدم ذكر الاخذ في الاجارة ونحوها خلافا لما توهم بعض الشراح فانه جعل مدار الفرق ذلك
وهذا لا يستقيم لانه ذكر الاخذ في الطرف الآخر ايضا في الاقرار وذكر في النهاية انما الاختلاف بينهم اذا لم تكن الدابة
معروفة للمقر ولو كانت معروفة كان القول قوله بالاجماع وعزاه الى الاسرار ولو قال هذا الثوب خاطه بنصف
درهم فلان ثم قبضته منه وقال فلان الثوب ثوبي فهو على هذا الخلاف في الصحيح والوجه ما بيناه خلافا لما
توهم بعضهم فانهم قالوا القول قول المقر بالاجماع وليس بشيء ولو قال اقتضيت من فلان الف درهم كانت لي عليه
وانكر المقر له كان القول قوله فله ان يأخذها منه وهذا الظاهر لان القابض قد اقر بانه ملكه وانه اخذه منه

مطلب وان قال اخذت منك الفا وديعة وهلكت وقال الآخر غصبتنيها

اقتضاء بحقه وهو مضمون عليه اذ الديون تقضى بامثالها فاذا اقر بالاقتضاء فقد اقر بسبب الضمان ثم ادعى عليه
ما يبرئه عن الضمان وهو تملكه عليه بما له عليه من الدين مقاصة والآخر ينكره فكان القول قوله بخلاف دعوى
الاجارة واشباهها لانه لم يقر فيها بالملك وانما اقر باليد له مقصودا ولا وجد منه ما يدل على الاقرار بوجوب ضمان
المقبوض فوضح الفرق ولانا لو اخذنا الناس في الاعارة والاجارة باقرارهم لامتنعوا منهما وكان عليهم حرج بين
والحاجة ماسة اليهما فلا يؤاخذون به استحسانا دفعا للحرج ولو قال ان فلانا زرع هذه الارض او بنى هذه
الدار او غرس هذا الكرم وذلك كله في يد المقر وقال المقر له الملك ملكي وفعلت ذلك لنفسي وقال المقر لا بل استعنت
بك ففعلت او فعلته باجر كان القول قول المقر لانه لم يقر له باليد لا صريحا ولا اقتضاء وانما اقر بمجرد فعل منه
وذلك ممكن من غير ثبوت يده فيه بان يفعله وهو في يد صاحبه بل جرت العادة بذلك فلا تقبل دعواه فصار
كما اذا قال خاط لي هذا القميص فلان بدرهم ولم يقل قبضته منه فانه لم يكن اقرارا له باليد لتصور فعله في يد
المقر وفي بيته بخلاف ما اذا اقر له بالسكنى في داره لان السكنى لا تكون الا باليد فيكون الاقرار له به اقرارا له
باليد حتى لو قال ان هذا اللبن او هذا السمن او هذا الجبن من بقرة فلان او هذا الصوف من غنمه او هذا التمر من نخلة
وادعى فلان انه له امر بالدفع اليه لان الاقرار بملك الشيء اقرار بما يتولد منه لانه يملك بملك الاصل قال رحمه الله
ولو قال هذا الالف وديعة فلان لا بل وديعة لفلان فالالف للاول وعلى المقر مثله للثاني لانه لما اقر به للاول صح
اقراره له وصار ملكا له لثبوت يده وقوله بعد ذلك لا بل وديعة لفلان اضراب عنه ورجوع فلا يقبل قوله في حق
الاول ويجب عليه ضمان مثلها للثاني لانه اقر له بها وقد اتلفها عليه باقراره بها للاول فيضمن له لانه متعد
باقراره للاول في حقه بخلاف ما اذا قال هي لفلان لا بل لفلان حيث لا يجب عليه للثاني لانه لم يقر بالايداع منه
وانما اقر به للاول ثم رجع وشهد به للثاني فرجوعه لا يصح وشهادته لا تقبل وذكر في مسألة الكتاب اقر بالايداع
من الثاني وقد عجز عن رد الوديعة بفعله فصار مستهلكا لها فيضمن وعلى هذا لو كان الالف غير معين بان قال
لفلان علي الف لا بل لفلان يلزمه لكل واحد منهما الف لان رجوعه عن الاول لا يصح واقراره للثاني صحيح فيلزم لهما
ولو كان المقر له واحدا بان قال لفلان علي الف درهم لا بل الفان يلزمه اكثرهما استحسانا وهو الالفان والقياس
ان يجعل عليه المالان وهو ثلاثة الاف وهو قول زفر لان كلمة لا بل للرجوع عن الاول والاستدراك للغلط بالثاني
والرجوع عن الاول لا يصح واقراره بالمالين صحيح فيلزماه فصار كما اذا اختلف المقر لهما على ما بينا او اختلف جنس
المالين بان قال لفلان علي الف درهم لا بل الف دينار فانه يلزمه المالان بالاجماع لما قلنا فكذا هذا وجه الاستحسان
انهما اقراران لانه لا يملك الرجوع عن الاول لكنه عند اتحاد الجنس والمقر له امكن جعله تكرارا كما اذا اقر له مرتين
بان قال لفلان علي الف درهم ثم قال له علي الفان الى ذلك الرجل بعينه فانه يجب عليه الفان فكذا هذا ولا يمكن
ذلك عند اختلاف الجنس او اختلاف المقر له لانه عند اختلاف الجنس يستحيل جعله تكرارا وعند اختلاف المقر له
يكون رجوعا عن الاول والاقرار به للثاني فرجوعه لا يصح واقراره صحيح ولو كان ذلك في الوصف بان قال علي الف
درهم جياد لا بل زيوف او الف زيوف لا بل جياد لزمه الجياد استحسانا لانه استدراك الغلط في الصفة
فيلزمه افضل الصفتين كما يلزمه في الاستدراك في الغلط في المقدار اكثر المالين في الجنس المتحد لان
الاردى داخل في الاجود كما ان الاقل داخل في الاكثر ولو قال غصبت فلانا مائة درهم ومائة دينار وكر حنطة
لا بل فلانا لزمه لكل واحد منهما كله لانه اقر بالغصب منهما وهو فعل منه ولو كان بعينها فهي للاول وعليه
للثاني مثلها ولو قال غصبت من فلان الف درهم ومن فلان مائة دينار ومن فلان كر حنطة لا بل فلان فانه يغرم للرابع
ما اقر به للثالث لانه استدراك الرجوع عن الاخير فيصح اقراره لا رجوعه

باب اقرار المريض

قال رحمه الله دين الصحة وما لزمه في مرضه بسبب معروف قدم على ما اقر به في مرضه وقال الشافعي دين الصحة
ودين المرض يستويان لانهما استويا في سبب الوجوب وهو الاقرار وفي محله وهو الذمة اذ هي محل الوجوب

في حال الصحة والمرض فيستويان في الوجوب وصحته تصدر عن عقل ودين لانهما يحملانه على الصدق ويزجرانه
عن الكذب وهذا المعنى لا يختلف في الصحة والمرض بل في حالة المرض يزداد رجحان جهة الصدق لان المرض سبب التورع
والانابة فاذا استويا في سبب الوجوب والمحل استويا في الاستيفاء ولهذا استويا بان اذا كان وجوبه بسبب معروف
كالشراء بمثل القيمة وكالتزوج بمهر المثل ولنا ان الاقرار غير معتبر اذا كان فيه ابطال حق الغير الا ترى انه اذا رهن عينا
او اجره ليس له ان يتصرف فيه لما فيه من ابطال حق الغير وهنا ايضا في اقراره ذلك لان حق اصحاب الديون تعلق
بماله استيفاء ولهذا منع من التبرع والمحاباة مطلقا في حقهم غير مقدر بالثلث بخلاف ما اذا كان سببها
معروفا كالنكاح المشاهد وغيره مما ليس من التبرعات كالبيع المشاهد والاتلاف المشاهد لانه لا تهمة فيه
وانما التهمة في الاقرار والبيع لا يبطل حقهم ايضا لان حقهم في المالية وهي باقية وفي النكاح ان كان يبطل لكن حقه
فيه من الحوائج الاصلية كماكله وملبسه ومسكنه وثمن الادوية واجرة الطبيب ونحو ذلك فيقدم على حق الغرماء
بخلاف حالة الصحة حيث ينفذ في حق الغرماء اقراره لان حقهم في ذمته لم يتعلق بماله ولهذا لم يمنع من
التبرعات مطلقا لقدرته على الاكتساب وحالة المرض حالة عجز فيمنع حتى لو اقر بعين في يده لاخر لا يصح في حق
غرماء الصحة والمرض باسباب معلومة ولا يجوز للمريض ان يقضي دين بعض الغرماء دون بعض لان فيه ابطال
حق الباقين الا اذا قضى ما استقرض في مرضه او نقد ثمن ما اشترى فيه وقد علم ذلك بالبينة لانه لم يبطل
حقهم وانما حوله من محل الى محل حصله فصار كما لو رد عين ما استقرضه الى المقرض او رد
المبيع بالعيب وهذا لانه اخرجه عن ملكه بما يعادله من العوض لا يعد اخراجا بخلاف ما اذا تزوج امراة واعطاها
المهر حيث يكون لهم ان يشاركوا المراة فيما قبضت وكذا اذا استاجر عينا واوفى اجرتها فانهم يشاركونه
لانه اخرج عن ملكه ما تعلق به حقهم من غير عوض يقوم مقامه في تعلق حقهم به لان المنافع لا يتعلق حقهم بها فصار
كانه قضى حق بعض الغرماء ولهم فيه ان يشاركوه فكذا هذا فان قيل يصح اقراره بوارث اخر وفيه ابطال حق
غيره من الورثة لا سيما اذا كان المقر له يحجب غيره فوجب ان يجوز اقراره بالدين وان كان فيه ابطال حق غيره من
الغرماء بالمزاحمة ايضا بل اولى لانه ادنى من الحجب قلنا ان استحقاق الوارث المال بالنسب والموت جميعا
والاستحقاق يضاف الى اخرهما وجودا فيضاف الى الموت ولهذا لو شهدا بالنسب قبل الموت ثم مات المشهود
عليه وورث المشهود له منه المال ثم رجعا لم يضمنا شيئا لانه ورث بالموت فاما الدين فلا يجب بالموت بل
بالاقرار فيمنع من ذلك في حقهم ودين المرض اذا كان سببه غير معروف لا يمنع صحة الاقرار لان احوال المرض كلها
بمنزلة حالة واحدة في حق الحجر فيستوي فيها السابق واللاحق كما ان احوال الصحة كلها بمنزلة حالة واحدة
في حق الاطلاق بخلاف حالة الصحة مع حالة المرض لانهما مختلفان صفة من الاطلاق والحجر فيقدم دين الاطلاق
على ما اقر به في حالة الحجر كالعبد الماذون له اذا حجر عليه ثم اقر بما في يده يقبل اقراره به ويقدم فيه دينه
في حالة الاذن لما ذكرنا فكذا هذا فاذا صح اقراره نفذ من جميع المال والقياس ان لا ينفذ الا من الثلث لان الشرع
قصر تصرفه على الثلث وعلى حق الورثة بالثلثين فكذا اقراره لكن ترك بالاثر وهو ما يروى عن ابن عمر رضي
الله عنه انه قال اذا اقر المريض بدين جاز ذلك عليه في جميع تركته والاثر في مثله كالخبر لانه من المقدرات
فلا يدرك بالقياس فيحمل على انه سمعه من النبي صلى الله عليه وسلم ولان قضاء الدين من الحوائج الاصلية لان فيه
تفريغ ذمته ورفع الحائل بينه وبين الجنة فيقدم على حق الغرماء كما يرجح عليه على ما بيناه لان شرط
تعلق حقهم الفراغ عن حقه ولهذا يقدم كفنه عليهم قال رح واخر الارث عنه اي عن الديون التي اقر بها في
حالة المرض لما بينا انفا قال رح وان اقر المريض لوارثه بطل الا ان يصدقه بقية الورثة وقال الشافعي
يجوز اقراره له بناء على اصله انه لا يحجر عليه فيما فيه تهمة لكذبه لما فيه من اظهار حق ثابت عليه وجانب
الصدق راجح فيه فصار كاقراره لاجنبي وبوارث اخر وبوديعة مستهلكة للوارث وهي معروفة بان

اودعها على رؤس الاشهاد ولنا قوله عليه السلام لا وصية لوارث ولا اقرار له بالدين وقول ابن عمر رضي الله عنهما
اذا اقر الرجل في مرضه بدين لرجل غير وارث فانه جائز وان احاط ذلك بماله وان اقر لوارث فهو جائز الا ان تصدقه
الورثة ولان فيه ايثار بعض الورثة على بعض بماله بعدما تعلق حق جميعهم به فلا يجوز لما فيه من ابطال
حق البقية كالوصية له وانما تعلق حقهم به لاستغنائه عنه بعد الموت فلا يمكن من ابطال حقهم بالاقرار
لوارثه كما لا يمكن بالوصية لهم وهو القياس في الاقرار للاجنبي الا انا تركناه لانه لو لم يقبل اقراره لامتنع
الناس عن معاملته حذرا من اتواء اموالهم فينسد عليه طريق التجارة والمداينة فيحرج حرجا عظيما
فلا يحجر عليه في حقه لحاجته الى المعاملة كما لا يحجر عليه في حقه من التبرع الى الثلث لحاجته الى التقرب الى الله
فيه بخلاف الوارث لان المعاملة معه نادرة او يمكن التحرز عنه من غير حرج فلا يؤدي الى سد بابها والاقرار
بالنسب من حوائجه الاصلية لانه يحتاج الى بقاء نسله وحاجته مقدمة على حق الورثة ولان الاقرار بالنسب ليس
فيه ابطال حقهم قصدا وانما يبطل حقهم بالموت بشرط ان يتحد دينهما وفي الاقرار يبطل في الحال باقراره قصدا
فافترقا ولا تهمة في الاقرار بالوديعة المستهلكة على الصفة التي ذكرنا فيقبل اقراره لان رده كان للتهمة فانتفى
الحكم بانتفائها الا ترى انا لو كذبناه فمات وجب الضمان من ماله لانه مات مجهلا او عليه بينة فلا فائدة في
تكذيبه حتى لو كانت الوديعة غير معروفة لا يقبل اقراره باستهلاكها الا ان تصدقه بقية الورثة لان الحجر
كان لحقهم فاذا صدقوه فقد اقروا بتقدمه عليهم فيلزمهم وكذا لو كان له دين على وارثه فاقر بقبضه لا يصح
الا ان يصدقه البقية قال رح وان اقر لاجنبي صح وان احاط بماله والقياس ان لا يصح اصلا كما في حق الوارث
او بما زاد على الثلث كثر عالته وقد ذكرنا جوابه وهو وجه الاستحسان قال رح وان اقر لاجنبي ثم اقر ببنوته
ثبت نسبه وبطل اقراره وان اقر لاجنبية ثم تزوجها صح بخلاف الهبة والوصية حيث لا يصحان لها ايضا كما لا
يصح للوارث وقال زفر يبطل الاقرار لها ايضا لانها وارثة عند الموت فحصلت التهمة وهي المعتبرة في الباب فصار
كما اذا وهبها او اوصى لها وهي اجنبية ثم تزوجها فانها لا تجوز وهو المراد بقوله في المختصر بخلاف الهبة اي والوصية
ولنا ان النسب يستند الى حالة العلوق فتبين ان البنوة كانت حالة الاقرار فلا يجوز ولا كذلك الزوجية
فانها حادثة فتكون مقتصرة على زمان التزوج فلا يظهر ان اقراره كان باطلا لعدم الزوجية في تلك الحالة
بخلاف ما اذا وهبها شيئا او اوصى لها بشيء ثم تزوجها حيث تبطل الهبة والوصية لها لان الوصية تمليك
بعد الموت وهي وارثة حينئذ فلا تصح والهبة في المرض وصية حتى لا تنفذ الا من الثلث على ما ياتي بيانه في الوصية
ان شاء الله تعالى فصارت كالوصية فحاصله ان الوصية لا تعتبر الا عند الموت على كل حال واما الاقرار فلا يخلو اما
ان يكون المقر له وارثا وقت الاقرار دون الموت او كان وارثا فيهما او لم يكن وارثا فيما بينهما او لم يكن وارثا
وقت الاقرار وصار وارثا وقت الموت فان كان وارثا وقت الاقرار دون وقت الموت بان اقر لاخيه مثلا ثم ولد
له ولد يصح الاقرار لعدم كونه وارثا وقت الموت وان كان وارثا فيهما الا فيما بينهما بان اقر لامراته ثم ابانها وانقضت
عدتها ثم تزوجها او والى رجلا فاقر له ثم فسخ الموالاة ثم عقدها ثانيا لا يجوز الاقرار عند ابي يوسف لان المقر
متهم في الطلاق وفسخ الولاء وعند محمد يجوز لان شرط امتناع الاقرار ان يبقى وارثا الى الموت بذلك السبب
ولم يبق ولانه لما صار اجنبيا نفذ الاقرار كما لو انشاه في ذلك الوقت الا ترى انه لو لم يعقد ثانيا كان جائزا
فكذا اذا عقد وان لم يكن وارثا وقت الاقرار ثم صار وارثا وقت الموت ينظر فان صار وارثا بسبب كان قائما
وقت الاقرار بان اقر لاخيه وله ابن فمات الابن قبل الاب لا يصح اقراره وان صار وارثا بسبب جديد كالتزوج وعقد
الموالاة جاز وقال زفر لا يجوز لان الاقرار حصل للوارث وقت الموت فصار كما اذا صار وارثا بالنسب ولنا
ان الاقرار حين صدر حصل للاجنبي لا للوارث فينفذ ولزم فلا يبطل بخلاف الهبة لانها وصية ولهذا تعتبر
من الثلث فيعتبر وقت الموت بخلاف ما اذا صار وارثا بالنسب بان اقر مسلم مريض لاخيه الكافر ثم اسلم قبل موته

او كان محجوبا بالابن ثم مات الابن حيث لا يجوز الاقرار له لان سبب الارث كان ثابتا بما وقت الاقرار وكذا لو اقر لوارثه ثم مات المقر له ثم المريض ووارث المقر له من ورثة المريض لم يجز اقراره عند ابي يوسف اولا لان اقراره حصل للوارث ابتداء وانتهاء وقال اخرا يجوز وهو قول محمد لانه بالموت قبل موت المريض خرج من ان يكون وارثا ولذلك لو اقر لاجنبي ثم مات المقر له ثم المريض وورثة المقر له من ورثة المقر لان اقراره كان للاجنبي فيتم به ثم لا يبطل بموته وكذا لو اقر المريض بعبد لاجنبي وقال الاجنبي هو لفلان وارث المريض يصح اقراره لما ذكرنا انه لو اقر الاجنبي انه حر الاصل او كان اعتقه عتق ولا شيء عليه **قال رحمه الله** ولو اقر لمن طلقها ثلاثا اي في المرض فلها الاقل من الارث والدين هذا اذا طلقها بسؤالها وان طلقها بلا سؤالها فلها الميراث بالغا ما بلغ ولا يصح الاقرار لها لانها وارثة اذ هو فار وقد بيناه في طلاق المريض بخلاف ما اذا طلقها بسؤالها فانها لا ترث لكن لها بالدين بقيا متهمين فيه لان الزوجين قد يتفقان على الطلاق لينفتح باب الاقرار لها فتعطى اقلهما ردا للقصد عليهما على هذا اذا اوصى لها تعطى الاقل من ميراثها منه ومن الوصية لما ذكرنا وقد ذكرنا المسئلة بشعبها في الطلاق **قال رحمه الله** وان اقر بغلام مجهول يولد لمثله اي لمثل المقر انه ابنه وصدقه الغلام ثبت نسبه ولو مريضا ويشارك الورثة لان النسب من الحوائج الاصلية وهو ايضا اقرار على نفسه على ما بيناه وليس فيه ضرر على غيره فيصح وقد ذكرناها في الدعوى والعتاق وشرط ان لا يكون له نسب معروف لانه اذا كان له نسب معروف لا يمكن ثبوته منه ولا حاجة الى اثباته لاستغنائه به عنه وشرط ان يولد مثله لمثله كيلا يكذبه الظاهر وشرط ان يصدقه الغلام لان الحق له فلا يثبت بدون تصديقه اذا كان مميزا لكلام فيه بخلاف ما اذا كان لا يعبر عن نفسه حيث لا يعتبر تصديقه لانه في يد غيره وقد ذكرناه من قبل فاذا صح اقراره شارك الورثة في الميراث لانه من ضرورات ثبوت النسب **قال رحمه الله** وصح اقراره اي اقرار الرجل بالولد والوالدين لانه اقرار على نفسه وليس فيه حمل النسب على الغير وشرطه ما بيناه في الابن **قال رحمه الله** والزوجة والمولى لان موجب اقراره يثبت بينهما بتصادقهما من غير اضرار باحد فيستقيم **قال رحمه الله** واقرارها اي يصح اقرار المراة بالوالدين والزوج والمولى لان الاصل ان اقرار الانسان على نفسه حجة لا على غيره وبالاقرار بهؤلاء ليس فيه الا الزام نفسها فيقبل **قال رحمه الله** وبالولد ان شهدت قابلة او صدقها الزوج اي يقبل اقرار المراة به بهذا الشرط لان قول القابلة حجة في تعيين الولد والنسب يثبت بقوله عليه السلام الولد للفراش والزوج هو صاحب الحق فاذا صدقها فقد اقر به فلو مهملا بالاقرار به هذا اذا كانت ذات زوج او معتدة وادعت ان الولد منه لان فيه تحميل النسب عليه فلا يلزمه بقولها اما اذا لم يكن لها زوج ولا هي معتدة او كان لها زوج وادعت ان الولد من غيره صح اقرارها لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها فينفذ عليها فصار كما اذا ادعى هو الولد فانه لو ادعى انه ولده من امراته لا يصدق في حقها الا بتصديقها **قال رحمه الله** ولا بد من تصديق هؤلاء يعني تصديق المقر له في جميع ما تقدم ذكره لان اقرار غيرهم لا يلزمهم لان كل واحد منهم في يد نفسه الا اذا كان المقر له صغيرا في يد المقر وهو لا يعبر عن نفسه او عبدا له فيثبت نسبه بمجرد الاقرار ولو كان عبدا لغيره يشترط تصديق مولاه **قال رحمه الله** وصح التصديق بعد موت المقر لا تصديق الزوج بعد موتها يعني اذا اقر بنسب او نكاح ثم مات المقر فصدقه المقر له بعد موته صح تصديقه الا اذا اقرت المراة بالزواج فصدقها بعد موتها فانه لا يصح اما الاول فلان النسب يبقى بعد الموت وكذا اقرار الزوج بالزوجية فصدقته بعد موته لان حكم النكاح باق في حقها وهو العدة فانها من اثار النكاح ولهذا جاز لها غسله ميتا كما في حالة الحياة واما الثانية وهو ما اذا اقرت المراة بالزوجية فصدقها بعد موتها فالمذكور قول ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يجوز تصديقه بعد موتها لان النكاح ينتهي بالموت ولا يبطل كالنسب والمنتهي متقرر فيصح تصديقها وهذا لان النكاح يبقى بعد موتها في حق الارث والاقرار قائم لان التكذيب من الزوج لم يوجد فصح التصديق في هذه الحالة فيثبت النكاح بتصادقهما فيرث منها اذ الثابت بتصادقهما كالثابت عيانا ولهذا لو اقام البينة بعد موتها على النكاح تقبل ولولا ان النكاح قائم في حق الارث

لما قلت

لما قلت فكذا التصادق فيهما يعمل فيه ايضا كالبينة ولابي حنيفة رحمه الله ان النكاح قد انقطع بالموت ولم يبق له اثر واما الارث فحكم يثبت بعد الموت والنكاح انما ينتهي في حق حكم كان قبل الموت واما المستقبل فالنكاح معدوم فيه فلو صححنا الاقرار والنكاح معدوم صححناه لاثبات الارث ابتداء فيكون التصديق واقعا في شيء هو معدوم في الحال من كل وجه فلا يجوز بخلاف جانبها لانه امكن جعل النكاح باقيا ببقاء اثره وهو العدة على ما مر فان قيل اذا اقر رجل لرجل بعبد ثم مات العبد وترك كسبا اكتسبه بعد الاقرار ثم صدقه المقر له استحق الكسب والارث في مسئلتنا بمنزلته الكسب فوجب ان يصح تصديقه في حقه قلنا الكسب يقع ملكا لمالك الرقبة من الابتداء لانه في حكم المنفعة ومن ملك رقبة ملك منافعها حكما تبعا لها فيصير الاقرار بالعبد اقرارا له بان الكسب للمقر له فيصير قيامه بمنزلة قيام العبد واما الارث فانما يثبت بعد موتها على سبيل الخلافة عنها بسبب الزوجية لا بحكم الاقرار لان المستحق عليها بالنكاح يفوت بموتها فبقي تصديقه بعد ذلك دعوى ارث مبتدا فلا يصح وهذا لان ما اقرت به هي نكاح وما ادعاه هو بعد موتها ارث فلا يكون تصديقا لها فيما اقرت به بل هو دعوى مبتداة فلا تقبل دعواه بلا حجة بخلاف ما اذا اقام البينة لانها حجة ملزمة فيثبت بها مدعاه **قال رحمه الله** ولو اقر بنسب غير الاب والابن نحو الاخ والعم لم يثبت يعني اذا اقر بنسب على غيره لم يثبت من ذلك الغير لعدم ولايته عليه وذلك مثل الاخ والعم فانه اقرار على الاب او الجد بانه ابنه وكذا اذا اقر بالجد او بابن الابن فانه لا يصح فان فيه حمل النسب على الغير فلا يجوز بدون اقامة البينة الا في حق نفسه حتى يلزمه الاحكام من النفقة والحضانة والارث اذا تصادقا على ذلك لان اقرارهما حجة عليهما **قال رحمه الله** فان لم يكن له وارث غيره قريب او بعيد ورثه وان كان لا اي ان كان للمقر وارث لا يرث المقر له لان النسب لم يثبت باقراره فلا يستحق الميراث مع وارث معروف قريبا كان ذلك الوارث او بعيدا كذوي الارحام او بعيدا كمولى الموالاة وان لم يكن له وارث غيره ورثه لان اقراره حجة في حق نفسه فيقبل عند عدم الاضرار بغيره وهذا لان الاقرار يتضمن شيئين بالنسب وباستحقاق ماله بعده وهو في النسب مقر على غيره فيرد وفي استحقاق ماله مقر على نفسه فيقبل عند عدم المزاحم لان له ولاية التصرف في ماله عند عدم الوارث يضعه حيث شاء حتى كان له ان يوصي بجميع ماله فكذا له ان يجعله لهذا المقر له وصية من وجه حتى كان للمقر ان يرجع عن الاقرار لان نسبه لم يثبت فلا يلزمه كالوصية وارث من وجه حتى لو اوصى لغيره باكثر من الثلث لا ينفذ الا باجازة المقر له ما دام المقر مصرا على اقراره كانه وارث حقيقة **قال رحمه الله** ومن مات ابوه فاقر باخ شركه في الارث ولم يثبت نسبه لما ذكرنا ان اقراره مقبول في حق نفسه غير مقبول في حق غيره نظيره مشتري العبد اذا اقر على البايع انه اعتقه قبل البيع لم يقبل قوله في حق البايع حتى لا يرجع عليه بالثمن ويقبل في حق نفسه حتى يعتق العبد فاذا قبل اقراره في حق نفسه يستحق المقر له نصف نصيب المقر مطلقا عندنا وعند مالك وابن ابي ليلى يجعل اقراره شايعا في التركة فيعطى المقر من نصيبه ما يخصه من ذلك حتى لو كان لشخص مات ابوه اخ معروف فاقر باخ اخر فكذبه اخوه المعروف فيما اعطى المقر نصف ما في يده وعندهما ثلث ما في يده لان المقر له اقر له بثلث شايع في النصفين فينفذ اقراره في حصته وبطل ما كان في حصة اخيه فيكون له ثلث ما في يده وهو سدس جميع المال والسدس الاخر في نصيب اخيه بطل اقراره فيه لما ذكرنا ونحن نقول انه في زعم المقر انه يساويه في الاستحقاق والمنكر ظالم بانكاره فيجعل ما في يده كالهالك فيكون الباقي بينهما بالسوية ولو اقر باخت تاخذ ثلث ما في يده وعندهما تاخذ خمسه ولو اقر ابن وبنت باخ وكذبهما ابن وبنت يقسم نصيب المقرين اخماسا وعندهما اسداسا على التخريج ظاهر ولو اقر بامراة انها زوجة ابيه اخذت ثمن ما في يده ولو اقر بجدة هي ام الميت اخذت سدس ما في يده فيعامل فيما في يده كما يعامل لو ثبت ما اقر به وقال في الايضاح لو اقر احد الابنين المعروفين بزوجة للميت اخذت تسعي ما في يده لان في زعم المقر ان التركة بينهم على ستة عشر سهما للزوجة سهمان ولكل ابن سبعة اسهم فلما اخذ اخوه اكثر من حقه في زعمهما صار ذلك كالهالك فتضرب هي بقدر حقها وهو سهمان ويضرب الابن بقدر حقه وهو سبعة اسهم

ورد لان اصل المسئلة على زعم المقر من ثمانية واحد للزوجة والسبعة الباقية منكسرة ... فيحصل ستة عشر للزوجة من الستة عشر الثمن وهو اثنان
وكل منهما نصف الباقي ... ان الاخراج عنهما على حسب التصحيح المذكور
فاذا ضربنا ... فيما ضربت فيه المسئلة وهو اثنان صار لها اثنان من الستة عشر واذا ضربنا ما يخص المقر من الثمانية وهو ثلاثة ونصف في مخرج النصف وهو
اثنان صار له سبعة من الستة عشر فيضم الاثنين التي للزوجة الى سبعة المقر يحصل تسعة والاثنان هي تسعة نصيب المقر ولا يوجد مما يحصل في يده وهو النصف من اصل التركة هـ

فيحصل لها سهمان من تسعة وله سبعة وعلى قول مالك وابن ابي ليلى لها ثمن ما في يده لان اقراره انما يصح بسهم واحد يعني من ستة عشر وله سبعة اسهم **قال رحمه** وان ترك ابنين وله على اخر مائة فاقر احدهما بقبض ابيه خمسين منها فلا شيء للمقر وللاخر خمسون لان الاقرار باستيفاء الدين اقرار بالدين على الميت لان المقبوض غير الدين فيكون مضمونا على القابض دينا في ذمته ثم يتقاصان فاذا كذبه اخوه لا يصدق عليه فينفذ في حقه خاصة فوجب على الميت خمسون درهما على زعمه والدين مقدم على الميراث فاستغرق نصيبه فلا ياخذ منه شيئا كما اذا اقر عليه بدين اخر وكذبه اخوه ليس له ان يشارك اخاه في الخمسين وان تصادقا على انه مشترك بينهما لانه لو رجع المقر على اخيه لرجع اخوه على الغريم بما بقي من الدين على زعمه ثم رجع الغريم على المقر بما زاد على الخمسين مما اخذه من اخيه المكذب لان اقراره لا ياخذ شيئا الا بعد قضاء الدين فيودي الى الدور وعلى مذهب ابن ابي ليلى ان المقر يحصل له نصف الخمسين لانه يصرف الاقرار الى الكل شائعا لانه اقر على نفسه وعلى اخيه فاقراره في حقه مقبول فيصح وفي حق اخيه لا يقبل فلا يصح ولو اقر ان اباه قبض كل الدين والمسئلة بحالها كان جوابه كالاولى الا انه هنا يحلف المنكر لحق المدين بالله ما يعلم انه قبض الدين فان نكل برئت ذمته وان حلف دفع اليه نصيبه بخلاف المسئلة الاولى حيث لا يحلف لحق الغريم لا فرجعة كله حصل له من جهة المقر فلا حاجة الى تحليفه وهنا لم يحصل له الا النصف فيحلفه ولو ترك الميت في هذه الصورة مائة اخرى غير الدين والمسئلة بحالها فاقتسماها رجع المكذب على الغريم بنصيبه من المائة الاخرى لما قلنا وللغريم ان يحلفه لما بينا فان نكل برئت ذمته وان حلف اخذ نصيبه وهو خمسون درهما من الغريم ثم يرجع الغريم بذلك على المقر يا خذه منه من نصيبه من التركة لانه لما اقر بقبض ابيه المائة فقد اقر عليه بالدين والدين مقدم على الميراث على الوجه الذي بينا

كتاب الصلح

قال رحمه هو عقد يرفع النزاع هذا في الشرع وفي اللغة هو اسم بمعنى المصالحة وهو المسالمة خلاف المخاصمة واصله من الصلاح وهو ضد الفساد ومعناه دال على حسنه الذاتي وكم من فساد انقلب به الى الصلاح بحسبه ولهذا امر الله تعالى به عند حصول الفساد والفتن بقوله تعالى وان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فاصلحوا بينهما وقال تعالى وان امراة خافت من بعلها نشوزا او اعراضا فلا جناح عليهما ان يصالحا بينهما صلحا والصلح خير قالوا معناه جنس الصلح خير ولا يعود الى الصلح المذكور لانه خرج مخرج التعليل والعلة لا تتقيد بمحل الحكم فيعلم بهذا ان جميع انواعه حسن لان فيه اطفاء الثائرة بين الناس ورفع المنازعات الموبقات عنهم وهي ضد المصالحة وهي منهي عنها بقوله تعالى ولا تنازعوا وفي ترك الصلح ذلك لان طلب جميع ما يستحقه ربما يودي الى الانكار لا سيما عند الاعسار وفيه فساد عظيم بعد الانكار فان المدعي اذا اقام البينة تكثر العداوة ويفتح الفتن بين المدعى عليه والشهود والقاضي والى هذا اشار النبي صلى الله عليه وسلم ردوا الخصوم كي يصطلحوا وقال ابو منصور الماتريدي رحمه الله لا يعمل الشيطان في ايقاع العداوة والبغضاء بين بني ادم مثل ما يعمل من ابطال الصلح على الانكار وهذا صحيح لان في منع هذا الصلح فتح باب المنازعات واثارة الثائرات بين الناس واقامة الفتن والمكايدات الا ترى الى ما حكي ان فتنة وقعت في قبيلة بسبب تهمة غلام فهاجت بينهم حتى قتل بينهم اربعون الفا وامتد الحرب بينهم الى ان وقع الصلح فانطفأت الثائرة بينهم ولان العقود انما شرعت للحاجة والحاجة اليه امس لدفع الشر فكان اولى به **قال رحمه** وهو جائز باقرار وسكوت وانكار لاطلاق ما تلونا وروينا وما بينا من المعنى ولقوله عليه السلام كل صلح جائز فيما بين المسلمين الا صلحا احل حراما او حرم حلالا وقال الشافعي لا يجوز مع الانكار والسكوت لما روينا وهذا بهذه الصفة لان البدل كان حلالا للدافع حراما على الاخذ فبالصلح ينعكس الامر فيكون حراما على الدافع حلالا على الاخذ ولان المدعي ان كان محقا كان اخذ المدعي حلالا له قبل الصلح وحرم عليه بالصلح وان كان مبطلا فقد كان اخذ المال على الدعوى الباطل حراما عليه قبل الصلح وحل له بالصلح فصار صلحا احل حراما ولان المدعى عليه يدفع المال لقطع الخصومة عن نفسه وهذا رشوة فاذا كان التمليك رشوة كان التملك وقبول الرشوة اذ لا تملك الا من

الجهة التي ملك فيكون المدعى عليه دافعا لدفع الظلم والمدعي اخذا لترك الظلم قلنا ليس هذا مراد النبي صلى الله عليه وسلم لان ذلك موجود في الصلح مع الاقرار ايضا لان الصلح يقع عادة على ما دون حقه فما زاد على الماخوذ الى تمام حقه كان حلالا للمدعي اخذه قبل الصلح وحرم عليه بالصلح وكان حراما على المدعى عليه منعه قبل الصلح وحل له بعده ولو كان المراد هذا المعنى لما صح مطلقا بل البيع ايضا يكون حراما بهذا الاعتبار لان كل واحد من المتبايعين ماله كان حلالا له قبل البيع ويحرم عليه بالبيع وكذا سائر العقود المشروعة فيودي هذا الى تحريم اسباب الملك باسرها وانما مراده عليه السلام ان يستباح بالصلح ما ليس بمباح شرعا او يحرم ما ليس بحرام وذلك مثل ان يصالح على الخمر او الخنزير او تصالح احدى الزوجتين زوجها على ان لا يطأ الاخرى او امته فيحرم عليه على زعمهم بالصلح وهذا ظاهر لانه عليه السلام ذكر الحرام والحلال مطلقا والمطلق منهما ينصرف الى الكامل وذلك بان يكون حراما او حلالا لعينه وقولهم رشوة وتمليكه قبول الرشوة الى اخره لا نسلم بل هو في زعم المدعي هو عين حقه او بدله فهو حلال له اخذه واكله وفي زعم المدعى عليه لافتداء اليمين ودفع الشر عن نفسه وهو ايضا حلال له لان المال لم يخلق الا لذلك ولهذا قال ابو حنيفة رحمه الله اجوز ما يكون من الصلح الصلح على الانكار لان معنى الصلح فيه يتحقق على التمام وهو قطع المنازعة والخصومة والعناد الذي يتولد منها واما مع الاقرار فلا يوجد فيه معنى الصلح على التمام اذ ليس فيه منازعة حتى يحتاج فيها الى الصلح بل هو استيفاء لبعض حقه واسقاط للباقي ان اخذ بعض حقه من جنسه وان اخذ من خلافه فهو بيع عن طوع منه واختيار ولو قلنا انه رشوة فهي جائزة للدافع لدفع الظلم عن نفسه وماله وفيه من الذم من قوله عليه السلام لعن الله الراشي والمرتشي المراد منه اذا كان هو الظالم فيدفعها الى بعض الظلمة من ولاة الامور يستعين به على الظلم بالرشوة واما لدفع الضرر عن نفسه فلا شبهة فيه حتى روي عن ابي يوسف رحمه الله انه اجاز ذلك للوصي من مال اليتيم ايضا لدفع الضرر عن اليتيم الا ترى ان الخضر عليه السلام خرق السفينة كيلا ياخذها الظالم وما كان مراده الا الاصلاح والله يعلم المفسد من المصلح وقولهم اذ لا تملك الا من الجهة التي ملك قلنا لا نسلم الا في الجهة التي ملك التمليك والتملك بل قد تختلف الجهة بينهما كمن اقر بعتق عبد غيره ثم اشتراه فانه بيع في حق البائع حتى يجبر المشتري على الثمن وفداء في حق المشتري اذ لا بيع بينهما على زعمه وقبلة كل واحد من الجماعة في التحري ما ادى اليه اجتهاده والخلع يمين في حقه معاوضة في حقها وكذا الفسخ والاقالة فانها بيع في حق ثالث فسخ في حق المتعاقدين **قال رحمه** فان وقع عن مال بمال اعتبر بيعا لان معنى البيع قد وجد فيه وهو مبادلة المال بالمال عن تراض فيجري فيه احكام البيوع وهذا لان الاصل في الصلح ان يحمل على اشبه العقود له فيجري عليه احكامه لان العبرة للمعاني دون الصور ولهذا جعلت الهبة بشرط العوض بيعا والكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة بشرط ان لا يبرأ الاصيل كفالة ثم اذا وقع عن مال بمال ينظر فان وقع على خلاف جنس المدعى فهو بيع وشراء كما ذكرنا وان وقع على جنسه فان كان باقل من المدعى فهو حط وابراء وان كان بمثله فهو قبض واستيفاء وان كان باكثر منه فهو فضل وربا **قال رحمه** فتثبت فيه الشفعة والرد بالعيب وخيار الرؤية والشرط لان هذه الاشياء من احكام البيع فتثبت فيه **قال رحمه** ويفسده جهالة البدل اي البدل الذي وقع عليه الصلح لا جهالة المصالح عنه لانه بيع فيفسد بالجهالة المانعة من التسليم والتسلم الا ان المصالح عنه لا يحتاج فيه الى التسليم فلا تضره الجهالة والذي وقع عليه الصلح يحتاج الى تسليمه فتفسده ولهذا اذا كان البدل غير مقدور التسليم يفسد دون المصالح عنه لانه يسقط فلا يحتاج الى تسليمه فلا يفضي الى المنازعة وكذا يفسد بجهالة الاجل اذا جعل البدل مؤجلا **قال رحمه** وان استحق بعض المصالح عنه او كله رجع المدعى عليه بحصته ذلك من العوض او كله لانه لو استحق المصالح عليه او بعضه رجع بكل المصالح عنه او ببعضه لان كل واحد منهما عوض عن الاخر فايهما استحق عليه ما اخذه رجع بما دفع ان كلا فبالكل وان بعضا فبالبعض بحصته لانه حكم المعاوضة **قال رحمه** فان وقع عن مال بمنفعة اعتبر اجارة يعني الصلح باقرار اذا وقع عن مال بمنفعة يكون اجارة لما ذكرنا

وهو المدعي مسكين وصورة جهالة المصالح عنه رجل ادعى على اخر حقا ... فاقر المدعى عليه ثم صالح على شيء فالصلح فاسد وصورة جهالة المصالح عنه رجل ادعى على اخر حقا فاقر المدعى عليه ... فالصلح جائز مستخلص

انه يحمل على اشبه العقود به اذ العبرة للمعانى فوجب حمله عليها الوجود معناها فيه وهو تمليك المنافع بعوض
فيشترط التوقيت ويبطل بموت احدهما لانه اجارة وهذا حكمها على ما عرف فى موضعه وانما يشترط **قال رحمه الله**
التوقيت فى الاجير الخاص بان ادعى شيئا فوقع الصلح على خدمة العبد او سكنى سنة وفيما عداه لا يشترط التوقيت
كما اذا صالحه على صبغ الثوب او ركوب الدابة او حمل الطعام الى موضع ولو مات احدهما او بطل المنفعة قبل الاستيفاء
بطل الصلح ويرجع بالمدعى ولو كان ذلك بعد استيفاء بعض المنفعة بطل فيما بقى ويرجع بالمدعى بقدره وهذا
كله قول محمد رحمه الله وهو القياس لانه اجارة وهى تبطل بذلك وقال ابو يوسف لا يبطل الصلح بموت المدعى عليه
بل المدعى يستوفى المنافع على حاله وان مات المدعى فكذلك فى خدمة العبد وسكنى الدار لان الوارث يقوم
مقامه فيهما ويبطل فى ركوب الدابة ولبس الثوب لان الصلح لقطع المنازعة وفى ابطاله بموت احدهما اعادة
المنازعة فيبقى فيما لا يتفاوت الناس فيه مطلقا لانه يمكن الاستيفاء اما باستقرار العاقد او باقامة وارثه
مقامه وفيما يتفاوت فيه كلبس الثياب وركوب الدابة ان مات المدعى عليه يبقى لامكان الاستمرار وان مات
المدعى يبطل لتعذر اقامة الوارث مقامه فيه لانه يتضرر المالك بذلك وان قتل العبد يبطل الصلح عند محمد
مطلقا كالاجارة لانه اجارة على ما بينا وعند ابى يوسف ينظر فان قتله المدعى او الاجنبى يضمن قيمته ويشترى بقيمته
عبدا اخر فيخدمه كما اذا قتل العبد الموصى بخدمته ولكن يثبت له الخيار لاحتمال الاختلاف بينهما فى الخدمة
بالاول لا يكون رضا بالثانى وان قتله المدعى عليه بطل بالاجماع لان المولى لا يضمن عبد نفسه فصار كما اذا ما
حتف انفه او اعتقه المولى بخلاف المرهون حيث يجب على المولى الضمان بالاتلاف والعتق لانه يفوت الاستيفاء
الحاصل بعقد الرهن والقبض **قال رحمه الله** والصلح عن سكوت او انكار فداء فى حق المنكر ومعاوضة فى حق المدعى
لما بينا ويجوز ان يكون لشىء واحد حكمان مختلفان باعتبار شخصين كالنكاح موجب الحل فى المتناكحين والحرمة
فى اصولهما وفروعهما فيؤاخذ كل واحد منهما بما يزعم وهذا فى الانكار ظاهر لانه يتبين بالانكار ان ما يعطيه لقطع الخصومة
وفداء اليمين وكذا فى السكوت لانه يحتمل الاقرار والانكار فجهة الانكار راجحة اذ الاصل فراغ الذمم فلا يجب عليه
بالشك ولا يثبت به كون ما فى يده عوضا عما دفع بالشك **قال رحمه الله** فلا شفعة ان صالح عن دار بهما وتجب لو صالح
على دار بهما اى بالمنكر والساكت اذا ادعى على كل واحد منهما داره فصالح عنها بدفع شىء اخر لم تجب فى داره الشفعة
لانه يدعى انها داره وانه يستبقيها على ما كانت له وان المدفوع الى المدعى ليس بعوض عنها وانما هو لافتداء اليمين
وقطع الخصومة ولو ادعى على كل واحد منهما شيئا اخر فصالح عنه على دار فدفعها الى المدعى وجبت فيها
الشفعة لان المدعى يدعى انه ياخذها عوضا عما ادعى فكان معاوضة على زعمه فتجب فيها الشفعة لان كل انسان
يؤاخذ بزعمه حتى لو ادعى عليه دارا فانكر فصالحه عنها على دار اخرى وجبت الشفعة فيها الا ترى ان رجلا
لو قال انا اشتريت هذه الدار من فلان وفلان ينكر ياخذها الشفيع بالشفعة وكذا لو ادعى انه باع داره من
فلان وهو ينكر ياخذها الشفيع منه بالشفعة لان زعمه حجة فى حق نفسه **قال رحمه الله** ولو استحق المتنازع فيه رجع
المدعى بالخصومة ورد البدل ولو بعضه فبقدره يعنى لو ادعى رجل على شخص شيئا فانكر ثم صالحه على شىء
ثم استحق المدعى كله او بعضه رد المدعى العوض الذى اخذه كله او بعضه قدر ما استحق على المدعى عليه ورجع
هو بالخصومة مع المستحق لانه اخذه على زعمه عوضا عما ادعى فاذا استحق ذلك يرجع المدعى عليه بما اعطاه عليه
كانه اشتراه منه ولان المدعى عليه لم يدفع العوض الا ليدفع الخصومة عن نفسه ليبقى المدعى فى يده من غير خصومة
احد فاذا استحق لم يحصل له مقصوده وتبين ايضا ان المدعى لم يكن له خصومة فيرجع عليه فصار نظير ما اذا ادى
المكفول عنه المال الى الكفيل ليقضى الدين من عنده ويكون له ذلك ثم قضى المكفول عنه الدين رجع على الكفيل بما اعطاه
لان غرضه لم يحصل وانما يرجع المدعى بالخصومة لان المستحق قام مقام المدعى عليه حين اخذ المدعى منه فيكون له
ان يخاصمه **قال رحمه الله** ولو استحق المصالح عليه كله او بعضه رجع الى الدعوى فى كله او بعضه اى ان استحق الذى وقع

عليه الصلح فى يد المدعى رجع المدعى الى الدعوى فى كله ان استحق كل العوض او فى بعضه ان استحق البعض
لان المدعى ما ترك الدعوى الا ليسلم له البدل فاذا لم يسلم له رجع بالمبدل وهو الدعوى بخلاف ما اذا وقع الصلح
بلفظ البيع بان قال احدهما بعتك هذا الشىء بهذا وقال الاخر اشتريت حيث يرجع المدعى عند الاستحقاق على المدعى
عليه بالمدعى نفسه لا بالدعوى لان اقدام المدعى عليه على المبايعة اقرار منه بان المدعى ملك المدعى فلا يعتبر
انكاره بخلاف الصلح لانه لم يوجد منه ما يدل على انه اقر بالملك له اذ الصلح قد يقع لدفع الخصومة **قال رحمه الله**
وهلاك بدل الصلح قبل التسليم كاستحقاقه فى الفصلين اى فى فصل الاقرار وفى فصل الانكار والسكوت فاذا كان
كاستحقاقه يبطل به الصلح لان هلاك البدل فى البيع يبطل البيع فكذا هذا وهذا فى فصل الاقرار ظاهر لانه بيع حقيقة
على ما مر وكذا فى فصل الانكار والسكوت لانه بيع فى حق المدعى فيبطل بهلاكه فلو هلك بعضه يكون كاستحقاق
بعضه حتى يبطل الصلح فى قدره ويبقى فى الباقى كما فى الاستحقاق هذا اذا كان البدل مما يتعين بالتعيين فان كان
مما لا يتعين بالتعيين كالدراهم والدنانير لا يبطل بهلاكه لانهما لا يتعينان فى العقود والفسوخ فلا يتعلق
العقد بهما عند الاشارة اليهما وانما يتعلق بمثلهما فى الذمة فلا يتصور فيه الهلاك **فصل قال رحمه الله**
الصلح جائز عن دعوى المال لانه فى معنى البيع فى حقهما ان وقع بمال عن اقرار او فى حق المدعى وحده ان وقع
عن انكار او سكوت وفى حق الاخر لافتداء اليمين وقطع الخصومة او فى معنى الاجارة ان وقع عنه بمنافع
وكل ذلك جائز على ما بينا **قال رحمه الله** والمنفعة يعنى الصلح عن دعوى المنفعة ايضا جائز ويكون بمعنى الاجارة
او وقع عنه بمال او بمنافع لان المنافع يجوز اخذ العوض عنها بعقد الاجارة فكذا بعقد الصلح الا ترى ان
الورثة لو صالحوا الموصى له بالخدمة على مال او منفعة جاز فهذا اولى لكونه معلوما لان الخدمة متناهية
لكن انما يجوز الصلح عن المنافع على المنفعة اذا كانا مختلفى الجنس بان يصالح عن السكنى على خدمة العبد او زراعة
الارض او لبس الثياب اما اذا اتحد جنسهما كما اذا صالح عن السكنى على السكنى او عن الزراعة على الزراعة
فلا يجوز لانه لا يجوز استيجار المنفعة بجنسها من المنافع فكذا الصلح وعند اختلاف الجنس يجوز استيجارها بالمنفعة
فكذا الصلح **قال رحمه الله** والجناية يعنى الصلح جائز عن دعوى الجناية وهذا اللفظ يتناول الجناية على النفس وما
دونها عمدا كان او خطأ سواء كان عن اقرار او انكار او سكوت اما العمد فى النفس فلقوله تعالى فمن عفى له من اخيه
شىء فاتباع بالمعروف قال ابن عباس والضحاك والحسن نزلت الاية فى الصلح عن دم العمد ومعناها من بذل
له بدل اخيه المقتول مال وذلك لا يكون الا بالصلح ولانه حق ثابت فى المحل فى حق الفعل فجاز اخذ العوض عنه
كملك النكاح وما جاز ان يكون مهرا جاز ان يكون بدل الصلح وذلك مثل الاموال المعلومة والمنافع المعلومة
وما لا يصلح مهرا لا يصلح بدلا عن القود مثل الخمر والخنزير لكن فى النكاح يجب مهر المثل لان النكاح لم يشرع بلا مال
والعفو مشروع بدونه مندوب اليه ولهذا لو لم يسم شيئا فيهما يجب فى النكاح مهر المثل لان البضع متقوم حالة
الدخول ومهر المثل قيمة له لانه هو الموجب الاصلى وفى العفو عن القود لا يجب شىء لانه لا يتقوم الا بالتقويم
ولم يوجد وهذا لان التقويم يكون بقيام غيره مقامه والقصاص لا يقوم غيره مقامه اذ لا يماثله غيره الا
ان الشرع اجاز اخذ العوض عند اتفاقهما فجاز اخذه بخلاف الصلح عن حق الشفعة على مال حيث لا يجوز اخذه
لانه لا حق له فى المحل بل هو ملك المشترى وانما له ان يتملك ان شاء وذلك مجرد خيار فلا يجوز اخذ العوض عنه
كخيار المخيرة وخيار الشرط والرؤية وخيار العيب وكالكفالة بالنفس ثم اذا فسدت التسمية فى الصلح كما اذا
صالح على دابة او ثوب غير معين تجب الدية لان الولى لم يرض بسقوط حقه مجانا فيصار الى موجبه الاصلى بخلاف
ما اذا لم يسم شيئا او سمى الخمر ونحوه حيث لا يجب شىء لما ذكرنا وسقط القصاص لان اقدامه على الصلح يتضمن الابراء
عنه وكذا الخيارات التى ذكرناها والشفعة تسقط لما ذكرنا واختلفوا فى سقوط الكفالة به قيل تسقط لما ذكرنا
وقيل لا تسقط لان الكفالة بالنفس وسيلة الى المال عادة فاخذت حكمه فلا تسقط ما لم يحصل غرضه بخلاف ما ذكرنا

من الجنايات والقصاص واما الخطا في النفس فلان موجبه المال والصلح عن دعواه جايز على ما ذكرنا الا انه لا تصح
الزيادة على قدر الدية اذا وقع الصلح على احد مقادير الدية للربوا كما لا يجوز الصلح على اكثر من الدين من جنسه
في دعوى الدين بخلاف الصلح عن القود حيث تجوز الزيادة فيه على قدر الدية وكذا على الاقل وان كان اقل من عشرة
دراهم لانه لا موجب له في المال وانما يجب بالعقد فيتقدر بتقديرهما بخلاف النكاح حيث لا يجوز تسمية ما دون
العشرة فيه لانه مقدر به شرعا ولو وقع الصلح على غير مقادير الدية جاز كيف ما كان لعدم الربوا الا انه يشترط
القبض في المجلس اذا كان ما وقع عليه الصلح دينا كيلا يكون افتراقا عن كالي بكالي ولو قضى القاضي باحد
مقادير الدية فصالح على جنس اخر منها بالزيادة جاز لان الحق تعين فيه بالقضا فكان غيره من مقادير الدية كجنس
اخر فامكن الحمل على المعاوضة بخلاف الصلح عليه ابتداء لان تراضيهما على بعض المقادير بمنزلة قضاء القاضي
فكما لا يجوز للقاضي ان يقضي بالزيادة على الدية من جنسه لا يجوز لهما ايضا ان يصطلحا عليها لما يلزم من الربوا
على ما ذكرنا ولو صالح على خمر فسد الصلح ووجبت عليه الدية لان هذا صلح عن مال فيكون نظير الصلح عن سائر الديون
وما دون النفس معتبر بالنفس فيلحق ما يوجب القصاص فيه بالعمد في النفس وما يوجب المال فيه بالخطا فيهما ثم لا يختلف
هذا الحكم في هذه الاشيا بين ان يكون عن اقرار او عن انكار او سكوت لما ذكرنا من المعنى وانما يختلف فيها السبب
من معاوضة او افتداء يمين قال رحمه الله بخلاف الحد يعني بخلاف ما اذا صالح عن دعوى حد بان رفع الزاني او شارب
الخمر او القاذف فصالحه الرافع حتى يترك الدعوى لا يجوز الصلح فله ان يرجع بما دفع لان الحدود حق الله تعالى
لا حق الرافع والاعتياض عن حق الغير لا يجوز ولهذا لو ادعت المراة ان ولدها من زوجها المطلق فانكر وصالحها
على شيء حتى تترك الدعوى كان الصلح باطلا لان النسب حق الولد وكذا لو كان لرجل ظلة او كنيف على طريق العامة
فخاصمه رجل على نقضه فصالحه على شيء كان الصلح باطلا لان الحق في الطريق النافذ لجماعة المسلمين فلا يجوز ان
يصالح واحد على الانفراد بخلاف ما اذا صالح الامام عنه على مال حيث يجوز لان للامام ولاية عامة وله ان يتصرف
في مصالحهم فاذا راى في ذلك مصلحة ينفذ لان الاعتياض عن المشترك العام جايز من الامام ولهذا لو باع شيا من
بيت المال صح بيعه وبخلاف ما اذا كان ذلك في غير طريق نافذة فصالحه رجل من اهل الطريق حيث يجوز في حقه
لان الطريق مملوكة لاهلها فيظهر في حق الافراد والصلح معه مفيد لانه يسقط به حقه ثم يتوصل الى تحصيل
رضى الباقين فيجوز قال رحمه الله ومن نكاح اي يجوز الصلح عن دعوى النكاح هذا اذا كان الرجل هو المدعي والمراة تنكر
لانه امكن اعتبار الصحة فيه بان يجعل في حقه في معنى الخلع لان اخذ المال عن ترك البضع خلع والصلح يجب
حمله على اقرب العقود اليه على ما مر ذكره وفي حقها لافتداء اليمين وقطع الخصومة فكان صحيحا وان كانت هي
المدعية والزوج ينكر ذكر في بعض نسخ المختصر للقدوري انه لا يجوز لانه لو جعل ترك الدعوى منها طلاقا
فالزوج لا يعطي العوض في الفرقة اذ لم يسلم له شيء في هذه الفرقة وهي يسلم لها المال والنفس وان لم يجعل فرقة
فالحال بعد الصلح على ما كان عليه قبله فتكون هي على دعواها فلا يكون هذا الصلح مفيدا لقطع الخصومة فلا
يصار اليه وذكر في بعضها انه يجوز لانه يجعل كانه زادها على مهرها ثم خالعها على اصل المهر دون الزيادة فيسقط
المهر غير الزيادة قال رحمه الله ورق وكان عتقا على مال يعني الصلح جايز عن دعوى الرق وكان في حق المدعي
بمعنى العتق على مال وفي حق الاخر لدفع الخصومة لانه امكن تصحيحه بهذا الاعتبار فجاز ولهذا يصح على حيوان
في الذمة الى اجل كالكتابة اعتبارا لزعم المدعي فان الحيوان يثبت في الذمة في معاوضة المال بغير المال كالنكاح
والخلع غير انه لا ولاء له عليه لانه ينكر العتق ويدعي انه حر الاصل الا ان يقيم المدعي البينة بعد ذلك فتقبل
بينته في حق ثبوت الولاء عليه لا غير حتى لا يكون رقيقا لانه جعل معتقا بالصلح فلا يعود رقيقا وكذا في كل
موضع اقام بينة بعد الصلح لا يستحق المدعي لانه باخذ البدل باختياره نزل بايعا وكل موضع وقع فيه
الصلح والمدعي كاذب فيه لا يحل له فيما بينه وبين الله تعالى اخذ العوض عنه ونظيره المقر له اذا كان يعرف

اذا باع الامام شيا من بيت المال صح بيعه

ان المقر كاذب لا يحل له الا اذا سلمه اليه بطيبة نفسه فيكون حينئذ هبة مبتداة فيطيب له قال رحمه الله وان قتل
العبد الماذون له رجلا عمدا لم يجز صلحه عن نفسه وان قتل عبد له رجلا عمدا فصالحه عنه جاز اي لو صالح
العبد الماذون ولي المقتول عن عبده جاز وعن نفسه لا يجوز وانما جاز عن عبده دون نفسه لان الماذون
له لا يجوز له ان يتصرف الا فيما هو من باب التجارة ولا ينفذ تصرفه في غيره وتصرفه في نفسه ليس من باب التجارة
فلا ينفذ في حق المولى اذا كان بعوض لانه تصرف في مال الغير بغير اذنه وهو المولى ولهذا لا يجوز له ان يبيع
نفسه ويصح بينه وبين الولي حتى لا يجوز له قتله بعد العفو لانه مكلف فيصح تصرفه في حق نفسه ولا يجب
عليه البدل للحال لانه وما في يده مال المولى ويتاخر الى ما بعد العتق كالامة اذا طلقها زوجها على مال فقبلت
وقع عليها الطلاق باينا لانه بعوض ويجب عليها المال بعد العتق كانه طلق او صالح على دين مؤجل وتصرفه
في عبده من باب التجارة لان استخلاصه كشرائه لانه باستحقاقه القتل صار كالزائل عن ملكه وهو لو خرج
عن ملكه كان له ان يشتريه فكذا له ان يستخلصه بخلاف المكاتب حيث يجوز له ان يصالح عن نفسه لانه كالحر
لخروجه عن يد المولى ولهذا لو ادعى احد رقبته كان هو الخصم فيه واذا جني عليه كان الارش له وكذا اذا
قتل لا تكون قيمته للمولى بل لورثته حتى يؤدي بها كتابته ويحكم بحريته في اخر حياته ويكون الفضل لهم
فصار كالحر فيجوز صلحه عن نفسه ولا كذلك العبد الماذون له فلا يجوز صلحه عن نفسه قال رحمه الله ولو صالح عن
المغصوب المتلف بما زاد على قيمته او على عرض صح ولو اعتق موسر عبدا مشتركا فصالح الشريك على اكثر من نصف
قيمته لا وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد لا يجوز الصلح في المغصوب ايضا على اكثر من قيمته
بما لا يتغابن الناس في مثله لان القيمة هي الواجبة في ضمان العدوان لانها هي التي يمكن وجوبها في الذمة
دون العين اذ العين ليست من ذوات الامثال فيكون ما وقع عليه الصلح بمقابلة ما وجب في الذمة وهي القيمة
لا بمقابلة العين فيصير ما زاد عليها ربوا وهذا لان العين قد هلكت ولم يبق لها اثر فلا يمكن ان يقابلها
شيء ولو امكن لجاز بيعها فصار بمقابلة القيمة ضرورة وهي مقدرة فلا تجوز الزيادة عليها كما قلنا في الصلح
عن قتل الخطا وضمان العتق لا تجوز الزيادة على مقادير الدية وعلى نصف القيمة وصار كما اذا حكم الحاكم بالقيمة
ولهذا لو صالح على شيء موصوف في الذمة غير الدراهم والدنانير الى اجل لا يجوز ولو كان بدلا عن العين
لجاز ولابي حنيفة ان الضمان بدل عن العين المستهلكة فيجوز بالغا ما بلغ كما اذا كانت قائمة حقيقة وهذا لان
الواجب في ذمته المثل من كل وجه وذلك هو المثل صورة ومعنى ولهذا يجب عليه ذلك في المقدرات فكذا في
العين لان وجوبها في الذمة ممكن الا ترى ان الحيوان والثياب وغيرهما من غير المقدرات تجب في الذمة
في النكاح والكتابة والخلع والدية وفي كل ما هو معاوضة مال بغير مال فكذا في الغصوب اذ لا تعذر في
نفس الوجوب الا عند الاخذ فيصار الى القيمة ضرورة ان اخذ المثل صورة ومعنى غير ممكن لان الاخذ
والدافع لا يعرفان حقيقة ذلك لما فيه من التفاوت الفاحش ولا ضرورة في حق الوجوب لان الموجب هو الله تعالى
وهو عالم به فكان الواجب مثله فاذا اخذ عوضه اكثر من قيمته لا يكون ربوا لانه ليس من اموال الربوا
كما في حال قيام العين او نقول ان العين بعد الهلاك باقية على ملك المغصوب منه ما لم يضمنه او يتقرر حقه
في القيمة بحكم الحاكم الا ترى انه لو اختار ترك التضمين بقي العين في ملكه حتى يجب الكفن عليه ولو كان ابقا
فعاد من اباقه كان مملوكا له فاذا كان كذلك فالضمان يكون عوضا عن العين فلا ربوا فيها كما في حال قيام العين
او نقول ان الواجب في الاصل رد العين لقوله عليه السلام على اليد ما اخذت حتى ترد وانما يصار الى القيمة
عند الضرورة وهي في حق الاخذ ولا ضرورة في جعل الماخوذ بدلا عن القيمة لامكان جعله بدلا عن العين
والدية مقدرة شرعا على ما بينا وكذا ضمان العتق منصوص عليه فيكون مقدرا فلا تجوز الزيادة عليه
لان تقدير الشرع فوق تقدير القاضي وبه يتقرر فكذا بما هو فوقه وانما لا يجوز الصلح على موصوف في الذمة

مطلقا سواء كان الماذون مديونا او لا مسكين

اي اذا كان عبد بين رجلين اعتقه احدهما وهو موسر وصالحه الاخر على اكثر من نصف قيمته لا يجوز بل يبطل الفضل وهذا بالاتفاق اما عندهما فلان الزيادة ربوا واما عنده فلان القيمة في العبد منصوص عليها وتقدير الشرع لا يكون دون تقدير القاضي فلا تجوز الزيادة عليه بخلاف ما تقدم لانها غير منصوص عليها وانما قلنا انه منصوص عليه لقوله عليه السلام من اعتق شقصا من عبد مشترك فعليه نصيب شريكه وقيده بالموسر لانه لو كان معسرا تجب السعاية على العبد في النصف مستخلص

عن العقد بن الى اجل لان المستهلك لا يوقف على اثره وما لا يوقف على اثره يكون فى حكم الدين والافتراق عن دين بدين لا يجوز فكيف اذا كان موجلا حتى لو لم يكن موجلا وقبضه فى المجلس جاز ولو كان ذلك بدلا عن القيمة لما جاز الا اذا كان معينا لانه يكون مبيعا حينئذ وبيع ما ليس عند الانسان لا يجوز فى غير السلم ولو وقع الصلح على عرض جاز فى جميع ما ذكرنا من المقدرات لانه ليس عين الواجب وانما هو بدل عنه بالاجماع **قال رحمه الله** ومن وكل رجلا بالصلح عنه فصالح لم يلزم الوكيل ما صالح عليه ما لم يضمنه بل يلزم الموكل هذا اذا صالح عنه عن انكار او سكوت او عن اقرار فى دم عمد او فيما لا يحمل على المعاوضة كالصلح على بعض الدين لان الوكيل فى هذه الاشيا سفير ومعبر وهذا لان الصلح على الانكار معاوضة باسقاط الحق وكذا الصلح عن القود واما الصلح على بعض الدين فاسقاط محض فصارت هذه الاشيا نظير الطلاق على مال ولهذا جاز هذا الصلح من الاجنبى كما يجوز الخلع منه فلا يلزم الوكيل شيء الا بالالتزام كالوكيل فى النكاح غير انه اذا ضمن هنا وادى عنه يرجع على الموكل وفى النكاح لا يرجع لان الامر بالصلح عنه امر بالاداء عنه ليفيد الامر فايدته اذ الصلح عنه جائز بغير امره فكان فايدة امره الرجوع عليه اذا ضمن عنه بخلاف النكاح لانه لا ينفذ عليه من الاجنبى فكان فايدة الامر فيه الجواز ثم ان ضمن بعد ذلك وادى عنه يكون متبرعا والامر بالخلع مثل الامر بالصلح حتى يرجع على الامر ان ضمن وادى عنه واما اذا صالح عنه فيما يحمل على المعاوضة بان كان عن مال بمال عن اقرار فان الوكيل يلزمه ما صالح عليه ثم يرجع على الموكل لان الوكيل اصيل فى المعاوضة المالية فترجع الحقوق اليه دون الموكل فيطالب هو بالعوض دون الموكل **قال رحمه الله** وان صالح عنه بلا امر صح ان ضمن المال او اضاف الى ماله او قال على الف وسلم والا توقف فان اجازه المدعى عليه جاز والا بطل وهذه المسئلة على اربعة اوجه لانه لا يخلو اما ان ضمن المال او لا فان لم يضمن فلا يخلو اما ان اضاف الذى وقع عليه الصلح الى نفسه او لا وان لم يضف فلا يخلو اما ان سلم العوض او لا فالصلح جائز فى الوجوه كلها الا الوجه الاخير وهو ما اذا لم يضمن البدل ولم يضفه الى نفسه ولم يسلمه الى المدعى اما الوجه الاول وهو ما اذا صالح عنه بغير امره وضمن المال فالصلح فيه جائز لان الحاصل للمدعى عليه ليس الا البراءة وفى مثله يستوى المدعى عليه والاجنبى لانه لا يسلم للمدعى عليه شيء كما لا يسلم للاجنبى ويجوز للاجنبى اشتراط بدل الصلح على نفسه فكذا الاجنبى والمقصود من هذا الصلح رضى صاحب الحق لا رضى المدعى عليه لاحظ فيه لان الوضع مفروض فيما لم يحمل عليه المعاوضة كدعوى القصاص واخواته على ما بينا انفا والمدعى ينفرد بهذه الامور بغير انه لم يرض بسقوط حقه مجانا فاذا سلم له العوض من جهة المتبرع صح ولزم لتمام رضاه ولا يتوقف على اجازة المدعى عليه وسلامته تكون بالضمان لانه ان لم يلزمه بالعقد لكونه سفيرا فيه يلزمه بالضمان لو لاية على نفسه فتم رضاه به وكذا بالاضافة الى نفسه بان يقول صالحتك على الفى هذه او على عبدى هذا لان الاضافة الى نفسه التزام منه للتسليم الى المدعى وهو قادر على ذلك فيجب عليه تسليمه فصار كما لو ضمن فيصح لتمام رضاه به والمعروف المشار اليه بان قال صالحتك على هذا العبد او على هذا الالف كان المضاف الى نفسه لانه تعين التسليم اليه لتمام رضاه به الصلح وكذا تسليم العوض اليه بان عقد المتبرع عقد الصلح بان قال صالحتك على الف ولم يضمن ولم يضفه الى نفسه ولكنه سلم اليه العوض المشروط لانه بالتسليم حقيقة تم رضاه فصار فوق الضمان والاضافة الى نفسه فاذا حصل له العوض وفى هذه المواضع الثلاثة تم رضاه به ويرى المصالح عنه ولم يحصل للمصالح شيء لانه سفير ومعبر بخلاف ما اذا صالح عن عين فى يد المدعى عليه وهو مقر به انه للمدعى حيث يملك المتبرع العين لانه معاوضة من كل وجه فيكون مشتريا لنفسه من مالكه فيملكه اذ الشرا لا يتوقف اذا وجد نفاذا بل ينفذ عليه ولو استحق العوض فى الوجوه التى تقدمت او وجده زيوفا او ستوقا لم يرجع على المصالح لانه متبرع التزم التسليم شيء معين ولم يلتزم الايفاء من غيره فلا يلزمه شيء اخر لم يلتزمه اذ ليس على المحسنين من سبيل ولكن يرجع بالدعوى لانه لم يرض بترك حقه مجانا الا فى صورة الضمان

فانه يرجع على المصالح لانه التزمه بالضمان فكان دينا فى ذمته ولهذا لو امتنع من التسليم يجبر عليه بخلاف غيرها من الصور والرابع ان يصالحه على الف ولم يضمن ولم يضف العوض الى نفسه بان قال صالحتك على الف فالحكم فيه ان يكون موقوفا لانه لم يسلم للمدعى عوض فلم يسقط حقه مجانا لعدم رضاه به فان اجازه المدعى عليه جاز ولزمه المشروط لالتزامه باختياره وان رده بطل لان المصالح لا ولاية له على المطلوب فلا ينفذ عليه تصرفه والخلع فى جميع ما ذكرنا من الاحكام كالصلح وجعل بعض شروح الجامع فى باب الخلع الالف المشار اليها والعبد المشار اليه مثل الالف المنكر حتى جعل القبول الى المراة

باب الصلح فى الدين قال رحمه الله الصلح عما استحق بعقد المداينة اخذ لبعض حقه واسقاط الباقى لا معاوضة هكذا ذكر فى نسخ هذا المختصر بقوله عما استحق وهذا سهو لانه اذا صالح عن الدين لا يكون جميع صورة الصلح استيفاء لبعض حقه واسقاطا للباقى وانما يكون كذلك ان لو وقع الصلح عن بعض الدين على بعض الدين الا ترى انه لو وقع عن الدين بجنس اخر يحمل على المعاوضة والصواب ان يقال الصلح على ما استحق بعقد المداينة الى اخره فانه يكون اصلا جيدا لا يرد عليه نقض وهكذا ذكر القدورى رحمه الله فى مختصره بقوله وكل شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة لم يحمل على المعاوضة وانما يحمل على انه استوفى بعض حقه واسقط باقيه وذكر بعضهم ان الاحسان متى وجد من احد الجانبين يكون تبرعا وان وجد من الجانبين يكون معاوضة وانما لا يحمل على المعاوضة اذا وقع على بعض الدين لان فى حمله عليها فساد العقد للربوا وفى حمله على انه استوفى بعض حقه واسقط الباقى جوازه فكان اولى حملا لامور المسلمين على الصحة ما امكن وظاهر حاله يدل على ذلك لانه يطلب الصحة دون الفساد اذ عقله ودينه يمنعانه عن ارتكاب محظور دينه **قال رحمه الله** فلو صالح عن الف على نصفه او على الف موجل جاز لانه يجعل مستوفيا النصف حقه ومسقطا النصف فى الاولى وفى الثانية يجعل كانه اجل نفس الحق فيجوز بالجواز ولو حمل على المعاوضة لفسد لان بيع الدرهم بالدرهم لا يجوز الا مثلا بمثل يدا بيد فلا يصار اليه وكذا لو صالحه عن الالف على خمسماية موجلة جاز كانه ابراه عن النصف واخر النصف وعلى هذا لو صالح عن الف جياد على خمسماية زيوف حالة او موجلة جاز فيجعل مسقطا القدر والصفة ومستوفيا لبعض حقه او موخرا لان من استحق الجياد يستحق الزيوف ولهذا لو تجوز به فى الصرف والسلم جاز ولو لم يستحقه بالعقد لما جاز لان المبادلة براس مال السلم وبدل الصرف لا يجوز بخلاف عكسه وهو ما اذا كان له الف زيوف وصالحه على خمسماية جياد حيث لا يجوز لانه لا يمكن حمله على انه استوفى بعض حقه واسقط الباقى لانه لا يستحق الجياد فيكون معاوضة ضرورة فلا يجوز التفاضل فيها لان جيدها ورديها سواء على ما عرف فى موضعه وكذا لو كان له الف موجلة فصالحه على خمسماية حالة لا يجوز لانه لا يستحق الحال فلا يمكن حمله على انه اخذ عين حقه فيكون مبادلة بالضرورة فلا يجوز الا مثلا بمثل لما ذكرنا **قال رحمه الله** وعلى دنانير موجلة او عن الف موجل او سود على نصفه حال او بيض لا يعنى لو صالحه عن الف درهم على دنانير موجلة او عن الف موجل على خمسماية حالة او عن الف سود على خمسماية بيض لا يجوز لان من له الدراهم لا يستحق الدنانير فكان معاوضة وهو صرف فلا يجوز تاجيله ومن له دين موجل لا يستحق الحال وكذا من له دراهم سود لا يستحق البيض لانها اجود على ما بينا فيكون اخذها بطريق المعاوضة لا بطريق الاستيفا وشرط صحة المعاوضة فى الجنس المتحد المقدار المساواة ولم توجد فلهذا بطل الصلح حتى لو صالحه على الف حالة عن الالف الموجلة او صالحه على الف بيض عن الالف السود جاز بشرط قبضه فى المجلس لوجود المساواة فى القدر وهو المعتبر فى الصرف دون المساواة فى الصفة ولو كان عليه الف فصالحه على طعام موصوف فى الذمة موجل لم يجز لانه يكون افتراقا عن دين بدين فلا يجوز ولو كان عليه الف درهم ومائة دينار فصالحه على مائة درهم جاز سواء كانت حالة او موجلة لانه يجعل اسقاطا للدنانير كلها وللدراهم الا مائة وتاجيلا

في صح

اعلم ان المراد من عقد المداينة ما ثبت فى الذمة من دين الدراهم والدنانير حتى لو سمى بدل الغصب وارش الجناية مداينة ولكن ثمن البيع مداينة مفاعلة من الدين والاصل فى هذا الباب ان بعض الشيء لا يصلح عوضا لكله فاذا تحققت ذلك تيسر لك منه المسائل بهذا الباب مستخلص

المائة التي بقيت فلا يحمل على المعاوضة لان فيه فساده ولان جهة الاسقاط ارجح لان الصلح مبني على الاغماض
ولهذا جاز عن المجهول والاصل في جنس هذه المسائل انه متى كان الذي وقع عليه الصلح ادون من حقه قدرا
ووصفا ووقتا او في احد هذه الاشيا فهو اسقاط البعض واستيفاء للباقي لانه استوفى دون حقه وان كان
ازيد منه بمعنى انه دخل فيه ما لا يستحق من وصف او ما هو بمعنى الوصف كتعجيل المؤجل ومن اختلاف جنس
فهو معاوضة لتعذر جعله استيفاء في غير المستحق فيشترط فيه شروط المعاوضة وانما كان التعجيل المؤجل
كالوصف لان المعجل خير من المؤجل ولهذا ينقص الثمن لاجله فيكون الحط بمقابلة الاجل فيكون ربوا فلا يجوز الا اذا
صالح المولى مكاتبه عن الف مؤجلة على خمسماية حالة فانه يجوز لان معنى الارفاق فيما بينهما اظهر من معنى
المعاوضة فلا يكون هذا مقابلة الاجل ببعض المال ولكنه ارفاق من المولى بحط بعض البدل وهو مندوب
اليه في الشرع ومساهلة من المكاتب فيما بقي قبل حلول الاجل ليتوصل به الى شرف الحرية وهو ايضا مندوب اليه
في الشرع **قال رحمه** ومن له على اخر الف فقال ادّ غدا نصفه على انك بريء من الفضل ففعل بريء والا اي ان
لم يود غدا النصف وهو خمسماية لم يبرأ وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يبرأ وان لم يوده ولا يعود
اليه خمس المائة الساقطة ابدا لان اشتراط الاداء ضايع لان النقد واجب عليه في كل زمان يطالبه هو فيه
اذ المال عليه حال فبطل التعليق وصار ابراء مطلقا وهذا لانه جعل اداء الخمسماية عوضا لان كلمة على للمعاوضة
والاداء لا يصلح عوضا لانه واجب عليه قبل الصلح وهو لم يذكر الابراء عوضا سواه والعوض هو المستفاد بالعقد
ولم يستفد شيا فصار وجوده كعدمه فحصل الابراء مطلقا كما اذا ابتدا بالابراء بان قال ابرأتك من خمسماية
من الالف على ان تعطيني الخمس المائة غدا بخلاف ما اذا قال فان لم تنقد غدا فلا صلح بيننا لانه مقيد وهو تعليق
الفسخ بعدم النقد وانه بمنزلة خيار الشرط ولهذا جاز في البيع ايضا على ما مر ذكره ولهما ان كلمة على
تكون للشرط كما تكون للمعاوضة فحمل عليه عند تعذر حملها على المعاوضة كما ذكرنا تصحيحا للتصرف فاذا كان
للشرط جاز تقييد الابراء به لانه يحتمل التقييد به وان لم يحتمل التعليق به كما في الحوالة فان الاصيل يبرأ بقيد
على صفة وهي سلامة العوض له من المحال عليه فصار كما اذا ابراه عن البعض بشرط ان يعطيه كفيلا بالباقي
او رهنا فاذا احتمل ذلك وجب حمله عليه لان الناس غرضا فيه حذار افلاسه او توسلا الى تجارة اربح منه
بخلاف ما اذا قدم الابراء لانه بريء بالبداية به فلا يعود الدين بالشك وفيما نحن فيه لم يبرأ في اوله واخره
معلق بشرط فلا يسقط الدين بالشك وهذا لان كلمة على محتملة فعلى تقدير ان تكون للشرط لا يبرأ مطلقا
وانما يبرأ بالاداء وعلى تقدير ان تكون للعوض يبرأ مطلقا فلا يبرأ بالشك والاحتمال ثم هذه المسئلة على وجوه
احدها ما ذكرنا والثاني ان يصرح بالتقييد بان يقول صالحتك عن الالف على خمسماية تدفعها الي غدا وانت
بريء من الزيادة على انك ان لم تدفعها الي غدا فلا تبرأ من الباقي فيكون الامر كما قال لانه صرح بما يحتمله اللفظ
فلا يبرأ احد غيره والثالث اذا قال ابرأتك من خمسماية من الالف على ان تعطيني خمس المائة غدا فالحكم انه يبرأ
مطلقا ادى خمس المائة في الغد او لم يود لان البراءة قد حصلت بالاطلاق اولا فلا يتغير بما يوجب الشك
في اخره على ما ذكرنا في الفرق بين هذه المسئلة والاولى والرابع ان يقول اد الي خمسماية على انك بريء من
باقيه ولم يوقت للاداء وقتا فالحكم انه يبرأ مطلقا لانه ابراء مطلقا اذ لم يوقت له وقتا وليس فيه غرض
صحيح لان الاداء واجب عليه في مطلق الزمان فلا يحمل على التقييد ويحمل على المعاوضة وهو لا يصلح عوضا
لان العوض اسم لما استفيد بالعقد والاداء واجب قبله فلغا بخلاف المسئلة الاولى لان الابراء فيها مقيد
بتعجيل الاداء وهو غرض صحيح على ما بينا فيتقيد به والخامس اذا قال ان اديت الي خمسماية او اذا اديت او متى
اديت فالحكم انه لا يصح لانه تعليق بالشرط صريحا والبراءة لا تحتمل التعليق بالشرط لما فيها من معنى التمليك
لانه يملك ما في ذمته ولهذا يرتد بالرد بخلاف الطلاق والعتاق لانه اسقاط فيجوز تعليقه بالشرط

وبخلاف

وبخلاف ما تقدم من انواع هذه المسئلة لانه لم يعلقها بصريح الشرط وانما اتى بالتقييد فصار كالمضاف
الى وقت بل هو مضاف الى الوقت فلا ينافي كونه سببا في الحال فلا يكون معلقا بالخطر من كل وجه **قال رحمه**
ومن قال لاخر لا اقر لك بمالك حتى تؤخره عني او تحط يعني بعضه ففعل صح عليه لانه ليس بمكره لتمكنه
من اقامة البينة او التحليف فيشكل وهو نظير الصلح مع الانكار لان كل واحد منهما لا ينافي الطوع والاختيار
في تصرفه اقصى ما في الباب انه مضطر لكن الاضطرار لا يمنع من نفوذ تصرفه كبيع ماله بالطعام عند المخمصة

فصل قال رحمه دين بينهما صالح احدهما عن نصيبه على ثوب لشريكه الاخر ان يتبع المديون
بنصفه او يأخذ نصف الثوب من شريكه الا ان يضمن ربع الدين يعني الا ان يضمن المصالح لشريكه ربع الدين
لان احد الشريكين لا يختص بالمقبوض من الدين اذ لا يجوز قسمته قبل القبض والمقبوض خير من الدين فقضيته
ان يضمنه ربع الدين ولا يكون له سبيل على الثوب كما في فصل الشراء لانه اخذ عوضه لكن الصلح مبني
على الحط فلو الزمناه ربع الدين لتضرر المصالح لانه قد لا يبلغ قيمة الثوب كله ربع الدين فاثبتنا
له الخيار بين ان يرجع على المدين بنصيبه وبين ان يأخذ نصف ما وقع عليه الصلح واذا رجع على المصالح
اثبتنا للمصالح الخيار ايضا بين ان يدفع نصف ما وقع عليه الصلح او ربع الدين دفعا للضرر عنهما
بقدر الامكان بخلاف فصل الشراء والاقتضاء لنفس الدين لان الشراء مبني على المماكسة فالظاهر انه استوفى
قدر حقه بل اكثر فلا ضرر عليه بالرجوع بربع الدين وفي فصل الاقتضاء قد قبض نصف الحق وهو مشترك
بينهما لما ان قسمة الدين قبل القبض لا تتصور لانه معين في الذمة فيأخذ حصته منه اذ لا ضرر عليه
فيه فجعلنا المقبوض كانه عين حقه وان كان غيره حقيقة ولهذا يملكه القابض وانما يملكه بالقبض
لان المقبوض عين والعين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلا عن حقه فيملكه حتى ينفذ تصرفه فيه ثم يضمن
لشريكه حصته لما ذكرنا والدين المشترك ان يكون واجبا بسبب متحد كثمن المبيع بان كان لكل واحد منهما عين
على حدة او كان لهما عين واحدة مشتركة بينهما وباعا الكل صفقة واحدة من غير تفصيل عن نصيب كل واحد
منهما او قيمة العين المشتركة المستهلكة او بدل القرض من المال المشترك بينهما او يكون الدين موروثا
بين اثنين ثم المصنف رحمه قيده بكون المصالح عنه دينا لانه لو كان الصلح عن عين مشتركة يختص المصالح
ببدل الصلح وليس لشريكه ان يشاركه فيه لكونه معاوضة من كل وجه لان المصالح عنه مال حقيقة بخلاف
الدين وقيده بكون المصالح عليه ثوبا ومراده خلاف جنس الدين لانه لو صالحه على جنسه يشاركه فيه
او يرجع على المدين وليس للقابض فيه خيار لانه بمنزلة قبض بعض العوض ولا فرق فيما ذكرنا من الحكم بين ان
يكون الصلح عن اقرار او سكوت او انكار لان المدعيين يتصادقان على ان لهما على المدعى عليه دينا وما يأخذه بدل
عنه من زعمهما فيكون حجة عليهما ولو اراد القابض ان يختص به ولا يرجع عليه شريكه فيما قبض فالحيلة فيه
ان يهب الغريم قدر دينه وهو يبرئه عن دينه او يبيع الطالب كفا من زبيب او نحوه بقدر نصيبه من الدين
ثم يبرئه عن الدين ويأخذ ثمن الزبيب **قال رحمه** ولو قبض نصيبه شاركه فيه ورجعا بالباقي على الغريم
لان قسمة الدين لا تتصور والمقبوض بدل عنه فله ان يشاركه فيه ان شاء لانه عين حقه من وجه حتى كان
للطالب ان يأخذه منه اذا ظفر به بغير اذن الغريم ويجبر الغريم على القضاء لا اجبار على المبادلة فاذا كان
عين حقه من وجه كان له ان يشاركه فيه بخلاف ما اذا اشترى به ثوبا حيث لا يكون له ان يشاركه فيه لانه
مبادلة من كل وجه بل يضمنه ربع الدين ان شاء لانه اتلف عليه نصيبه وان شاء رجع على الغريم لان حقه
عليه في الحقيقة وانما كان له ان يشاركه في الثوب في فصل الصلح كيلا يلزم المصالح الضرر وهنا انتفى الضرر
لما ذكرنا فيرجع بربع الدين ثم يرجعان على الغريم لاستوائهما في الاقتضاء ولو سلم له المقبوض واختار متابعة
الغريم ثم توى نصيبه بان مات الغريم مفلسا رجع على القابض بنصف ما قبض لان التسليم مقيد بشرط

سلامة الباقي له فاذا لم يسلم له رجع عليه كما في الحوالة لكن ليس له ان يرجع في عين تلك الدراهم المقبوضة
لان حقه فيها قد سقط بالتسليم فلا يعود حقه فيها بالتوى ويعود الى ذمته في مثلها قال رح ولو اشترى
بنصيبه شيئا ضمنه ربع الدين يعني ان شاء لانه صار قابضا لنصيبه بالمقاصة ولا ضرر عليه لان مبنى
البيع على المماكسة بخلاف الصلح على ما بينا ولا يقال قسمة الدين قبل القبض لا تتصور فكيف تتصور المقاصة
فيه لانا نقول قسمة الدين قبل القبض تجوز ضمنا وانما لا تجوز قصدا وهنا وقعت القسمة في ضمن صحة
الشراء او صحة المصالحة وكم من شيء يصح ضمنا ولا يصح قصدا والشريك ان لا يتبع القابض في الجميع ويرجع
على المديون لان القابض قبض حقه الا ان له حق المشاركة فكان له ان يشاركه ولو كان المطلوب على احدهما دين قبل
وجوب دينهما عليه حتى صار دينه قصاصا به فلا ضمان عليه لانه قضى دينا كان عليه لما عرف ان اخر الدينين
قضاء لاولهما وبه لا يجب الضمان وانما يجب بالاقتضاء ولو ابراه احدهما عن نصيبه فكذلك لا يضمن لان الابراء
فوق الصلح في التبرع لانه لم يقبض شيئا فاذا لم يضمن في الصلح ففي هذا اولى انه لا يضمن ولو ابراه عن البعض كانت
قسمة الباقي بينهما على ما بقي من السهام لان الحق عاد الى هذا القدر ولو غصب احدهما عينا من المديون او اشترى
منه شراء فاسدا فهلك عنده فهو قبض لانه بالهلاك وجب للغريم عليه دين فالتقيا قصاصا ودين الغريم اخرهما
فيكون قضاء من الغريم واقتضاء من الطالب فيضمن لشريكه ولو استاجره بنصيبه كان اداء بنصيبه حتى يضمن
ربع الدين لان للمنافع حكم المال وعن محمد انه اذا اضاف العقد الى الدين لا يرجع لانه اتلاف ولو احرق احدهما
متاع المطلوب بالنار لا يكون قبضا عند ابي يوسف حتى لا يرجع عليه شريكه لانه لم يحصل في يده شيء بخلاف
الغصب ثم الاحراق بالنار حيث يرجع عليه وان اتلفه بالاحراق لان الضمان حصل بالقبض فيستند اليه فيملكه
من ذلك الوقت بخلاف ما اذا احرقه في يد مالكه من غير قبض وعند محمد هو قبض فيرجع عليه لانه بالاحراق وجب
عليه الضمان فصار دينا في ذمته فالتقيا قصاصا وقد ذكرنا ان اخر الدينين قضاء للاول فصار مقتضيا فيرجع عليه
ولو تزوج احدهما بنصيبه بان كان لهما دين على امراة فتزوجها عليه نفسها او على مولى الامة فزوجها المولى منه عليه
او على المكاتبة او على الامة الماذون لها فتزوجها عليه باذن المولى ليس بقبض في ظاهر الرواية حتى لا يرجع عليه
شريكه لانه لم يسلم له شيء يمكنه المشاركة فيه فصار كالجناية على نفس المديون وكالابراء وعن ابي يوسف انه يرجع عليه
لوجود القبض بطريق المقاصة على ما بينا والصحيح الاول لانه اتلاف ولان النكاح يتعلق بعين الدين عند الاضافة
اليه فيملكه بعينه ثم يسقط عن ذمتها كالهبة بخلاف ما اذا لم يضف العقد اليه بان سمى دراهم مطلقة فوقع
التقاص بنصيبه حيث يرجع اليه شريكه بالاجماع لانها لم تملكه وانما ملكت غيره فالتقيا قصاصا والصلح عليه
عن جناية العمد ليس بقبض لانه لم يملك شيئا قابلا للشركة عقابا له ولو اخر احدهما نصيبه لم يجز عند ابي حنيفة
وعند ابي يوسف يجوز ومحمد معه في رواية ومع ابي حنيفة في اخرى لابي يوسف انه ابراء موقت فيعتبر بالابراء المؤبد
ولانه تصرف في خالص حقه فلا يمنع منه ولا يكون ذلك قسمة الدين بل يبقى كل واحد من النصيبين على الشركة وذلك
بان يكون الموجل بينهما اذا حل الاجل ولابي حنيفة انه يودي الى قسمة الدين قبل القبض وهي لا تجوز فيه لان
القسمة فيها معنى تمييز الحقوق والافراز وفيها معنى التمليك والمبادلة والدين لا يتصور فيه التمييز ولا يجوز
تمليكه من غير من عليه الدين لانه وصف في الذمة فبطل وانما قلنا انه يودي الى قسمة الدين لان الحال والموجل
مختلفان وصفا وحكما حتى لا يطالب الساكت بنصيبه في الحال فكيف يتصور هذا الاختلاف بينهما من غير قسمة
وهل دعوى عدم القسمة فيه بعد ذلك الا دعوى المحال ولان فيه ضررا على شريكه بان يجعل مونة المطالبة
عليه فقط بيانه ان الساكت يطالب بنصيبه في الحال فاذا خلص منه رجع عليه هو بنصيبه عند حلول
الاجل ثم يرجعان على الغريم فيوخر هو نصيبه ايضا مثل ما اخر في الاول فيطالب الساكت بنصيبه فاذا
خلص رجع عليه عند حلول الاجل ولم يزل يفعل هكذا الى ان يستوفي الكل وفيه تفويت غرضه بمنعه من وصول

اي الساكت

في التضمين ولا يخير الشريك في هذه الصورة
بين المشاركة والتضمين بل يتعين له التضمين
بخلاف ما تقدم في صورة الصلح مستخلص

اي الدين الثالث للغريم

حقه له في الحال وهذا ضرر ظاهر لا يخفى على احد فلا يمكن منه كما لا يمكن احد الشريكين ان يكاتب نصيبه
بغير رضى الاخر بخلاف الابراء لانه لا ضرر عليه فيه وهو ايضا لا يودي الى قسمة لان القسمة انما تكون مع بقاء
النصيبين ملكا للشريكين ولم يبق للمبرئ فيه ملك فلا يكون قسمة وانما هو اتلاف لنصيبه فقط وذلك جائز
قبل القسمة الا ترى انه لو اقر بنصيبه من الدين لانسان صح اقراره وصار ملكا للمقر له لكونه اتلافا لنصيبه ولو
كان قسمة لما جاز ذلك قال رح ويبطل صلح احد ربي السلم عن نصيبه على ما دفع اي على ما دفع من راس المال
وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يجوز هذا الصلح وانما شرط ان يكون هذا الصلح على راس المال لانه لو
كان على غيره لا يجوز بالاجماع لما فيه من الاستبدال بالمسلم فيه لابي يوسف رحمه الله انه تصرف في خالص حقه فيجوز كما
في سائر الديون وهذا لان الصلح فيه على راس المال كالصلح في غيره على مال اخر من المال الا ترى انه يجوز اذا اجازه
شريكه ويشاركه في المقبوض ثم يرجعان على الغريم فاذا كان كذلك وجب ان ينفذ في حقه ثم يكون لشريكه الخيار
ان شاء شاركه فيما قبض ويكون الدين بينهما وان شاء رجع على المسلم اليه كسائر الديون وكما لو باع نصيبه
في المبيع المعين ولهما ان هذا العقد حقهما فلا ينفرد احدهما بفسخه وهذا لان المسلم فيه لم يكن موجودا قبل
العقد وجواز التصرف فيه باعتبار وجوبه بالعقد والعقد تم بينهما فصار لكل واحد منهما بالتصرف كشطر العلة
وشطر العلة لا يثبت به شيء من الحكم ما لم يتم ذلك باجازة الاخر كما لو زوج احد المعتقين المعتقة بخلاف شراء
العين فان العين اصل لوجود العقد حتى لا يجوز العقد الا بوجودها فكذا تكون اصلا لصحة الرفع لان العين موجودة
حسا ومعاينة قبل العقد وكان لكل واحد منهما ولاية التصرف فيها ولا يستفيده بالعقد فكذا رفعه لتمام
العلة فيها وفي المسلم فيه لا يثبت الملك الا بالعقد وولاية التصرف فيه لا به فكان فعلهما علة لثبوت
الشركة والولاية ولانه لو جاز في نصيبه خاصة بدون اذن شريكه لكان قسمة للدين وهو في الذمة ولو جاز
في نصيبهما من غير اذنهما فلا بد من اجازته دفعا للضرر عنه ولا يلزم من رجوع شريكه عليه عود الدين وهو المسلم
فيه الى ذمته والمسلم فيه لا يعود بعد سقوطه ولهذا لو تقايلا ثم فسخا الاقالة لا تنفسخ بخلاف بيع العين ويلزم
منه ايضا ان يجوز صلحه ثانيا حتى يسقط ما عاد الى ذمته وكذا ثالثا ورابعا الى ان لا يبقى منه شيء لان غرضه براءة
ذمته ولن يحصل ذلك الا بسقوط الكل هذا اذا كان راس المال مخلوطا فلا اشكال فيه وان لم يخلطاه ونقد كل واحد
منهما على حدة اختلفوا فيه فقال بعضهم يجوز عندهما ايضا لان المانع كونه يودي الى العود بعد سقوطه
ولم يوجد هذا المعنى هنا لان الدافع ياخذ منه ما دفع اليه وليس للاخر ان يشاركه فيه لانه لم يدفع اليه شيئا اخر
فلا يودي الى عوده بعد السقوط وقال بعضهم هذه الصورة ايضا على الخلاف لان عدم الجواز عندهما لكونه
يودي الى قسمة الدين قبل القبض او لان العقد حقهما الى اخر ما ذكرنا وقد وجد هذا المعنى هنا فلا يجوز وهو الصحيح
لان العلل التي ذكرناها كل واحدة منها مبطلة لكن عند عدم الخلط يبطل بعلة واحدة وعند وجود الخلط بالعلل
ولان من اجازه لم يجزه الا لعدم العلة المعينة وذلك لا ينهض حجة لعدم الحكم الجواز لترادف العلل على حكم واحد
فعدم بعضها لا يدل على عدم الحكم لجواز ان يخلفه غيره على انا لا نسلم ان صاحبه لا يشاركه في المقبوض اذا لم يخلطا
المال بل له ان يشاركه فيه لان الشركة فيه انما تثبت لكونهما اشتركا في دين السلم والشركة في دين السلم ثابت بسبب
اتحاد العقد ولهذا لا يقبض احدهما شيئا من المسلم فيه الا شاركه فيه صاحبه ولا تاثير لخلط المال فيه ولا
لعدمه فكذا في راس المال عند الفسخ فكان الاحتجاج به باطلا قال رح وان اخرجت الورثة احدهم عن عرض
او عقار بمال او عن ذهب بفضة او بالعكس اي عن فضة بذهب صح قل او كثر يعني قل ما اعطوه او كثر لانه
يحمل على المبادلة لانه صلح عن عين ولا يمكن حمله على الابراء اذ لا دين عليهم ولا يتصور الابراء عن العين
وبيع العقار والعروض بالقليل والكثير جائز وكذا بيع الذهب بالفضة لعدم الربا لاختلاف الجنس
وفيه الاثر ان تماضر امراة عبد الرحمن بن عوف صالحوها عن ربع ثمنها على ثمانين الف دينار

صورته رجلان اسلما الى رجل في طعام ثم صالح احدهما
عن نصيبه على راس المال لم يجز عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف
وحاصله انه يتوقف هذا الصلح عندهما على اجازة
صاحبه فان رد بطل اصلا ويكون الطعام المسلم
فيه بينهما وان اجاز نفذ عليهما فكانهما
صالحاه فيكون نصف راس المال بينهما ونصف
الطعام المسلم فيه ايضا بينهما وعنده الصلح
جائز على من باشره وله نصف راس المال وشريكه
ان شاء شاركه فيما قبض ويتبعان المطلوب
بنصف الطعام المسلم فيه وان شاء سلم اليه
ما قبض ويتبع المسلم اليه بنصف المسلم فيه
الا اذا توى على المسلم اليه فيرجع على الشريك
المصالح ثم المصالح بالخيار ان شاء دفع اليه
نصف ما قبض وان شاء دفع اليه المسلم فيه

اي الاخر

بان كانت صغيرة

وقيل على ثلاثة وثمانين الفا بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم وروي ان ذلك كان نصف حقها وروي عن بن عباس رضي الله عنهما انه قال يتخارج اهل الميراث اي يخرج بعضهم بعضا بطريق الصلح ولا يشترط ان يكون اعيان التركة معلومة لانه لا يحتاج فيه الى التسليم وبيع ما لم يعلم قدره فيه جائز كمن اقر بغصب شيء فباعه المقر له من المقر جاز وان لم يعرف قدره ولما ذكرنا ذكره في النهاية معزيا الى الذخيرة والى التتمة وقال لا يشترط معرفته بالاتفاق وقال ذكره في التتمة وقال صاحب الهداية فيما اذا وقع الصلح عن ذهب بفضة او وقع عن فضة بذهب يعتبر التقابض في المجلس لانه صرف غير ان الذي في يده بقية التركة ان كان جاحدا للتركة يكتفي بذلك القبض لانه قبض ضمان فينوب عن قبض الصلح وان كان مقرا يعني مقرا غير مانع لا بد من تجديد القبض لانه قبض امانة فلا ينوب عن قبض الصلح وهذا يشير الى ان العلم به شرط لان قبض المجهول لا يمكن ثم ذكر بعده روايتين فيما اذا وقع الصلح على المكيل او الموزون وانما لا ينوب هذا القبض عن قبض الصلح لان قبض الامانة لا ينوب عن المضمون فلا بد من تجديده بان ينتهي الى مكان يتمكن من قبضه بالتخلية والمضمون ينوب عن الامانة وعند اتحاد القبضين ينوب احدهما عن الاخر كالمضمون عن المضمون او الامانة عن الامانة **قال رحمه الله** وعن نقدين وغيرهما باحد النقدين لا ما لم يكن المعطى اكثر من حظه منه اي لو صالح عن الفضة والذهب وغيرهما من العروض والعقار على الذهب او الفضة لا يجوز الصلح حتى يكون ما اعطوه اكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتى يكون قدر نصيبه بنصيبه والزايد بحقه من بقية التركة لانه لما حمل على المعاوضة لتعذر حمله على الابراء من الاعيان وجب اعتبار شرط المعاوضة فيه وذلك بما ذكرنا لانه لو اعطوه قدر حقه او اقل تكون العروض او العروض وبعض الذهب او الفضة حاصلا لهم بلا عوض فيكون ربوا وكذا اذا لم يعلم قدر نصيبه لاحتمال الربوا لان الفساد على تقدير ان يكون مساويا له او اقل فكان ارجح واولى بالاعتبار وقال الحاكم الشهيد انما يبطل على اقل من نصيبه في مال الربوا في حالة التصادق واما في حالة التناكر بان انكروا وراثته فيجوز ووجه ذلك ان في حالة التكاذب ما ياخذه لا يكون بدلا الا في حق الاخذ ولا في حق الدافع هكذا ذكره المرغيناني فلا بد من التقابض فيما يقابل الذهب والفضة منه لكونه صرفا في قدره ولو كان بدل الصلح عرضا في الصور كلها جاز مطلقا قليلا كان او كثيرا قبض في المجلس او لم يقبض لعدم الربوا واذا كان بدل الصلح دراهم ودنانير صح الصلح كيف ما كان لانا نصرف الجنس الى خلاف الجنس تصحيحا للعقد كما في البيع بل اولى به لان المقصود من الصلح قطع المنازعة ولكن يشترط التقابض فيه قبل الافتراق لانه صرف **قال رحمه الله** ولو في التركة دين على الناس فاخرجوه ليكون الدين لهم بطل لان فيه تمليك الدين وهو نصيبه من غير من عليه الدين وهم الورثة فيبطل فيه ثم يتعدى الى الكل لان الصفقة واحدة سواء بين حصة الدين او لم يبين عند ابي حنيفة رحمه الله وينبغي ان يجوز عندهما في غير الدين اذا بين حصته واصل الخلاف فيما اذا جمع بين حر وعبد او شاة ذكية وميتة وباعهما صفقة واحدة وبين حصة كل واحد منهما من الثمن بطل في الكل عنده وعندهما صح في العبد والذكية وفي النهاية يرد على هذه المسئلة يعني مسئلة الصلح على قول ابي يوسف ومحمد فيما اذا اسلم حنطة في شعير وزيت فانهما قالا لا يصح في حصة الزيت ويفسد في حصة الشعير وههنا قالا لا يفسد في الكل قال هذا انما يحفظ ثم قال كذا في مبسوط شيخ الاسلام ويمكن ان يقال مرادهما في مسئلة الصلح فيما اذا لم يبين ما يقابل كل واحد منهما وفي مسئلة السلم اذا بين توفيقا بينهما او تصحيحا للقاعدتهما **قال رحمه الله** وان شرطوا ان يبروا الغرماء منه اي من الدين صح لانه اسقاط او تمليك الدين ممن عليه وكل ذلك جايز وقال صاحب الهداية وهذه حيلة الجواز واخرى اي حيلة اخرى ان يعجلوا قضاء نصيبه متبرعين ثم قال وفي الوجهين ضرر ببقية الورثة والاوجه ان يقرضوا المصالح مقدار نصيبه ويصالحوا عما وراء الدين ويحيلهم على استيفاء نصيبه من الغرماء وهذا في الوجهين ظاهر لانهم اعطوا المصالح شيئا بمقابلة الدين او قدر الدين ولم يحصل لهم الدين فقد حصل لهم ضرر دنيوي وليس في الصورة الثالثة شيء من ذلك من الضرر لانهم وان خرج منهم قدر الدين لكن حصل لهم

الدين بمقابلته فانتفى الضرر عنهم الا ضرر التقديم فان العين خير من الدين والاوجه عنده ان يبيعوه كفا من تمر او نحوه بقدر الدين ثم يحيلهم على الغرماء او يحيلهم ابتداء من غير بيع شيء ليقبضوه لهم ثم ياخذوه لانفسهم ولو كانت اعيان التركة غير معلومة وليس فيها مكيل ولا موزون فصولح على مكيل او موزون جاز قال ظهير الدين المرغيناني لا يجوز هذا الصلح لما فيه من احتمال الربوا بان يكون في التركة مكيل او موزون من جنسه فيكون في حقه بيع القدر بجنسه جزافا وقال الفقيه ابو جعفر يجوز لانه يحتمل ان لا يكون في التركة من جنسه ويحتمل ان يكون فيها واذا كان فيها يحتمل ان يكون الذي وقع عليه الصلح اكثر وان احتمل ان يكون مثله او دونه وهو احتمال الاحتمال فنزل الى شبهة الشبهة فالشبهة هي المعتبرة دونها هذا هو الصحيح وهذا يدل على ان الصلح مع جهالة التركة يجوز وقيل لا يجوز لانه بيع وبيع المجهول لا يجوز والاول اصح لان الجهالة هنا لا تفضي الى المنازعة لانها في يد بقية الورثة فلا يحتاج فيها الى التسليم حتى لو كانت في يد المصالح او بعضها لا يجوز حتى يصير جميع ما في يده معلوما للحاجة الى التسليم **قال رحمه الله** ولو على الميت دين محيط بطل الصلح والقسمة لان الورثة لا يملكون التركة في هذه الحالة لان الدين المستغرق يمنع من دخول التركة في ملك الوارث لان حاجته مقدمة على الارث ولو ضمن رجل بشرط ان لا يرجع في التركة جاز الصلح لان هذا كفالة بشرط براءة الاصيل وهو الميت فيصير حوالة فيخلو مال اليتيم عن الدين فيجوز تصرفهم فيه وان لم يكن مستغرقا بالدين لا ينبغي لهم ان يقسموه او يصالحوا عنه وان فعلوا ذلك جاز استحسانا والقياس ان لا يجوز لان كل جزء من اجزاء التركة مشغول بالدين لعدم الاولوية بالصرف الى جزء دون جزء فصار كالمستغرق فيمنع من دخوله في ملك الورثة وجه الاستحسان ان الانسان لا يخلو عن دين قليل فلو منع غير المستغرق منه تملك الوارث ادى الى الحرج او كان لا يملكوا اصلا فقلنا بانهم يملكون دفعا للضرر عنهم الا انهم يرفعون من التركة قدر الدين ويتركونه حتى يقضي به الدين كيلا يحتاجوا الى نقض القسمة

نسخة
المستغرق

كتاب المضاربة

قال رحمه الله هي شركة بمال من جانب وعمل من جانب يعني المضاربة عقد شركة بمال من احد الشريكين وعمل من الاخر هذا في الشرع والمراد بالشركة الشركة في الربح حتى لو شرط فيها الربح لاحدهما لا تكون مضاربة على ما نبين وقيل هي عبارة عن دفع المال الى غيره ليتصرف فيه ويكون الربح بينهما على ما شرطا فيكون الربح لرب المال بسبب ماله لانه نماء ملكه وللمضارب باعتبار انه تسبب لوجود الربح وهي في اللغة مفاعلة من الضرب في الارض وهو السير فيها قال الله تعالى وآخرون يضربون في الارض يعني الذين يسافرون للتجارة وسمي هذا العقد بها لان المضارب يسير في الارض غالبا لطلب الربح ولهذا قال الله تعالى يضربون في الارض يبتغون من فضل الله وهو الربح واهل الحجاز يسمون هذا العقد مقارضة وهو مشتق من القرض لان صاحب المال يقطع قدرا من ماله ويسلمه للعامل واصحابنا اختاروا لفظة المضاربة لكونها موافقة لما تلونا من نظم الاية وهي مشروعة لشدة الحاجة اليها من الجانبين فان من الناس من هو صاحب مال ولا يهتدي الى التصرف ومنهم من هو بالعكس فشرعت لتنتظم مصالحهم فانه عليه السلام بعث والناس يتعاملونها فقررهم عليها وتعاملها الصحابة رضي الله عنهم الا ترى الى ما روي ان عباس بن عبد المطلب كان اذا دفع مالا مضاربة شرط عليه ان لا يسلك به بحرا ولا ينزل واديا ولا يشتري ذات كبد رطب فان فعل ذلك ضمن فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستحسنه فصارت مشروعة بالسنة والاجماع وشرطها ان يكون راس المال من الاثمان وهو معلوم والربح بينهما شايعا ونصيب كل واحد منهما معلوما وان يكون معينا مسلما اليه فان فقد شيء من هذه الاشياء فسدت وركنها ان يقول دفعت هذا المال اليك مضاربة او معاملة او خذ هذا المال واعمل على ان ما رزق الله بيننا نصفان او نحو ذلك من الالفاظ التي تثبت بها المضاربة وحكمها انواع ايداع ووكالة وشركة واجارة وغصب وانواعها عامة وخاصة على ما يجي كل منه مفصلا **قال رحمه الله** والمضارب امين وبالتصرف وكيل وبالربح شريك وبالفساد اجير وبالخلاف غاصب وباشتراط كل الربح له مستقرض

وباشتراطه لرب المال مستبضع يعني بدفع المال اليه على وجه المضاربة يكون امينا لانه قبضه باذن مالكه
لا على وجه البدل والوثيقة واذا اراد ان يجعله عليه مضمونا اقرضه راس المال كله ويشهد عليه ويسلمه اليه
ثم ياخذه منه مضاربة ثم يدفعه الى المستقرض يستعين به في العمل فاذا عمل وربح كان الربح بينهما على الشرط
واخذ راس المال على انه بدل القرض وان لم يربح اخذ راس المال بالقرض وان هلك هلك على المستقرض وهو العامل
او اقرضه كله الا درهما منه وسلمه اليه وعقد شركة العنان ثم يدفع اليه الدرهم ويعمل فيه المستقرض فان ربح كان
بينهما على ما شرطا وان هلك هلك عليه وانما صار وكيلا بالتصرف لانه متصرف في ملكه بامره وهذا معنى الوكالة
وانما صار شريكا اذا ربح لانه هو المقصود من عقد المضاربة فصار ثبوت الشركة من ضرورة صحتها وصحة الاشتراط
وانما صار اجيرا اذا فسدت لان الواجب له فيها اجر المثل كالاجارة اذا فسدت وهو بدل عمله لانه لا يستحق
المسمى لعدم الصحة وكذا عمله غيره داخل تحت المضاربة ولم يرض بالعمل مجانا فيجب له اجر المثل بخلاف الزيادة حيث
لا يستحق الاجرة اذا فسدت لان استحقاقه الربح بالمال لا بالعمل ثم لا يزاد على المسمى عند ابي يوسف خلافا لمحمد رحمه الله
على النحو الذي ذكرنا في الشركة وانما صار غاصبا بالخلاف لوجود التعدي على مال الغير كالغاصب وهذا لان صاحبه
لم يرض ان يكون في يده الا على الوجه الذي امره به فاذا خالف فقد تعدى فصار غاصبا فيضمن وانما صار
المضارب مستقرضا باشتراط كل الربح له لانه لا يستحق الربح كله الا اذا صار راس المال ملكا له لان الربح فرع المال
كالثمر للشجر وكالولد للحيوان فاذا شرط ان يكون جميع الربح له فقد ملكه جميع راس المال مقتضى فقضيته ان لا
يرد راس المال لان التمليك لا يقتضي الرد كالهبة وغيره لكن لفظ المضاربة يقتضي رد راس المال فجعلناه قرضا
لاشتماله على المعنيين عملا بهما ولان القرض ادنى التبرعين لانه يقطع الحق عن العين دون البدل والهبة تقطع
عنهما فكان اولى لكونه اقل ضررا وانما صار مستبضعا باشتراطه جميع الربح لرب المال لان المضارب لم يطلب
لعمله بدلا وعمله لا يتقوم الا بالتسمية فكان وكيلا متبرعا فهذا هو معنى البضاعة فكانه نص عليها قال رحمه الله
وانما تصح بما تصح به الشركة ؛ ومعناه لا تصح الا بما تصح به الشركة وهي الدراهم والدنانير لا غير عندهما والفلوس
النافقة عند محمد مثلهما وقد بيناه في الشركة وقال ابن ابي ليلى تصح المضاربة في المكيل والموزون لانهما من ذوات
الامثال فيمكن تقدير راس المال بمثل المقبوض وقال مالك تجوز بالعروض لانها متقومة يسترح عليها بالتجارة
عادة فكانت كالنقدين فيما هو المقصود بالمضاربة وامكن تقدير راس المال بالقيمة اذ هي متقومة ولهذا انبنى
المضاربة عليها فكذا يجوز الابتداء بها ولنا ما روي انه عليه السلام نهى عن ربح ما لم يضمن والمضاربة بغير النقود
تؤدي اليه لانها امانة في يد المضارب يستحق نصيبه من غير ان يدخل شيء في ضمانه بخلاف النقود فانه عند الشراء
بها يجب الثمن في ذمته لانها لا تتعين بالتعيين فيما يحصل له بدل لا شيء ربح ما ضمن والمكيل والموزون عروض الا ترى
انها تتعين بالتعيين فاول تصرف يكون فيها بيع وقد يحصل بهذا البيع ربح بان يبيعه ثم يرخص سعره بعد
ذلك فيظهر ربحه بدون الشراء فيكون هذا استيجارا على البيع باجرة مجهولة فيكون باطلا كما في العروض ولو
دفع اليه عرضا وقال بعه واعمل بثمنه مضاربة جاز وقال الشافعي لا يجوز لان فيه اضافة عقد المضاربة الى ما بعد
البيع وقبض الثمن ولنا انه وكله ببيع العروض اولا وهو كبيعه بنفسه ثم عقد المضاربة به على الثمن المقبوض
وهو كالمقبوض في يده فوجب القول بجوازه كما اذا قال له بع هذا العبد واشتر بثمنه هذا العبد وهذا لان المضاربة
ليس فيها الا توكيل واجارة وكل ذلك قابل للاضافة على الانفراد فكذا عند الاجتماع وهذا لما عرف ان الاضافة تستبب
المحال دون التعليق ولو دفع اليه العرض على ان قيمته الف درهم مثلا ويكون ذلك راس المال فهو باطل لان القيمة
تختلف باختلاف المقومين فلا يمكن ضبطها فلا تصلح راس المال ولو قال له اقبض ديني من فلان واعمل به مضاربة
جاز لان هذا توكيل بالقبض واضافة المضاربة الى ما بعد قبض الدين وذلك جائز على ما بينا بخلاف ما اذا قال
اعمل بالدين الذي لي عليك حيث لا يجوز المضاربة لان المضاربة توكيل بالشراء والتوكيل بالشراء بدين في ذمته

الوكيل لا يصح حتى يعين البائع او المبيع عند ابي حنيفة رحمه الله فيبطل التوكيل بالكلية حتى لو اشترى كان للمامور
فكذا لا يصح التوكيل بقبض ما في ذمته لنفسه فلو تنصو المضاربة فيه وعندهما يصح التوكيل بالشراء بما في ذمة
الوكيل من غير تعيين ما ذكرنا حتى يكون مشتريا للآمر لكن المشترى عروض فلا تصح المضاربة بها على ما بينا
قال رحمه الله ويكون الربح بينهما مشاعا ؛ اي لا تصح المضاربة الا اذا كان الربح بينهما مشاعا لان الشركة تتحقق به
حتى لو شرط لاحدهما دراهم مسماة تبطل المضاربة لانه يؤدي الى قطع الشركة على تقدير ان لا يزيد الربح على المسمى
قال رحمه الله فان شرط لاحدهما زيادة عشرة فله اجر مثله لا يجاوز على المشروط ؛ وقد ذكرناه وذكرنا الخلاف
فيه وهذا هو الحكم في كل موضع لم تصح المضاربة فيه والربح كله لرب المال لانه نما ملكه ويجب الاجر للمضارب
وان لم يربح في رواية الاصل لان اجر الاجير يجب بتسليم المنافع والعمل كما في اجير الوحد وقد وجد وعن ابي يوسف
انه لا يجب كما لا يجب في الصحيحة منها مع انها فوقها في امضاء حكمها واستحقاق المسمى فيها والمال في المضاربة
الفاسدة امانة غير مضمونة بالهلاك كما في الصحيحة منها لان الفاسد من العقود يلحق بالحكم من الصحيح منها
ولانه عين في يد اجيره ولو تلف بعد العمل فله اجر المثل وقيل هذا عند ابي حنيفة وعندهما يضمن ما تلف
في يده مما يمكن التحرز عنه وهو بناء على اختلافهم في الاجير المشترك اذا تلف المال في يده من غير صنعه لان
هذا العقد اجارة وهو بمنزلة الاجير المشترك لان له ان ياخذ بهذا الطريق ما شاء من المال والرفق لهما
على الظاهر ان هذه مضاربة لفظا اجارة معنى من حيث انه طلب لعمله اجرة فعملنا باللفظ في انتفاء الضمان
وبالمعنى في حق وجوب اجر مثله ربح او لم يربح او نقول انه كاجير الوحد من حيث انه لا يتمكن من ايجار
نفسه في ذلك الوقت قال رحمه الله وكل شرط يوجب جهالة في الربح يفسدها والا بطل الشرط كشرط الوضيعة على
المضارب ؛ اي وان لم يكن مؤديا الى جهالة الربح لا يفسدها بل يبطل الشرط والذي يؤدي الى جهالة الربح من الشروط
ان يشترط رب المال على المضارب ان يدفع اليه ارضه ليزرعها سنة او داره ليسكنها سنة وذلك مفسد
لانه جعل بعض الربح عوضا عن عمله والبعض اجرة داره او ارضه ولا يعلم حصة العمل حتى يجب حصته ويسقط
ما اصاب منفعة الدار ولو شرط ذلك على رب المال للمضارب صح العقد وبطل الشرط لانه لا يفضي الى جهالة حصة
العمل اذ نصيبه من الربح مقابل بعمله لا غير ولا جهالة فيه لان الكلام فيما اذا شرط له جزءا معلوما من الربح شائعا
ثم هو شرط لا يقتضيه العقد فيبطل هو دونها لان المضاربة لا تفسد بالشروط الفاسدة كالوكالة والهبة لان صحتها
تتوقف على القبض كالهبة وشرط الوضيعة شرط زائد لا يوجب قطع الشركة في الربح ولا الجهالة فيه فلا يكون مفسدا
وتكون الوضيعة وهو الخسران على رب المال لان ما فات جزء من المال بالهلاك فيلزم صاحب المال دون غيره والمضارب
امين فيه فلا يلزم بالشرط فصار الاصل فيه ان كل شرط يوجب الجهالة في الربح او قطع الشركة فيه مفسد والا فلا قال رحمه الله
ويدفع المال الى المضارب ؛ يعني رب المال يسلم المال اليه ولا بد له من ذلك لان المضاربة فيها معنى الاجارة لانه ياخذه
مقابل بعمله والمال محل العمل فيجب تسليمه كالاجارة الحقيقية ولان المال امانة في يده فلا يتم الا بالتسليم كالوديعة
وهذا بخلاف الشركة حيث لا يشترط فيها تسليم المال الى الاخر لان الشركة انعقدت على العمل منهما فشرط انتفاء يد رب
المال فيها يخرج العقد من ان يكون شركة ولا كذلك المضاربة لان المال فيها من احد الجانبين والعمل من الاخر فلا بد
من تسليم المال الى العامل وتخليصه له ليتمكن من العمل والتصرف فيه وشرط العمل على رب المال ينافي ذلك فلا يجوز سواء
كان المالك عاقدا او غير عاقد كالصغير والمعتوه لان يدهما على مالهما بجهة الملك كالكبير فبقاء يدهما تمنع كونه
مسلما الى المضارب وكذا احد الشريكين اذا دفع المال مضاربة وشرط ان يعمل شريكه مع المضارب لان الشريك
فيه ملكا فيمنع يده من تسليمه الى المضارب وان لم يكن العاقد مالكا وشرط ان يتصرف في المال مع المضارب
فان كان العاقد ليس باهل للمضاربة في ذلك المال تفسد كالماذون يدفع ماله مضاربة ويشترط عمله مع
المضارب لان التصرف فيه اليه واليد ثابتة له في هذا المال ويده يد نفسه فصار كالمالك فيما يرجع الى التصرف

شرط العمل على رب المال يفسدها ان كان مالكا للعقد
وان لم يكن مالكا كالاب والوصي يجوز

فكان قيام يده مانعا لصحة المضاربة وان كان العاقد ممن يجوز ان ياخذ مال المضاربة لم تفسد المضاربة
كالاب والوصي اذا دفعا مال الصغير مضاربة وشرطا ان يعملا بانفسهما مع المضارب بجزء من الربح صح جاز لانهما
لو اخذا ماله مضاربة ليعملا بانفسهما بالنصف صح وكذا اذا شرطا عملهما مع المضارب بجزء من الربح لان كل
مال يجوز ان يكون المرء فيه مضاربا وحده جاز ان يكون فيه مضاربا مع غيره وهذا لان تصرف الاب والوصي واقع
للصغير حكما بطريق النيابة فصار دفعه كدفع الصغير وشرطه كشرطه فلا تنتفي التخلية من قبل الصغير لانه هو
رب المال وقد تحققت وان دفع العبد الماذون ماله مضاربة وشرط عمل مولاه مع المضارب ينظر فان لم يكن
عليه دين فسدت المضاربة لان المولى مالك لما في يده فلم يكن من اهل المضاربة فيه وان كان عليه دين فالمضاربة
جائزة عند ابي حنيفة رحمه الله لانه لا حق للمولى فيه فصار كالاجنبي والمكاتب اذا دفع ماله مضاربة وشرط
عمل مولاه معه لا تفسد مطلقا لانه لا يملك ما في يده فصار كالاجنبي سواء كان عليه دين او لم يكن قال ويبيع
بنقد ونسيئة ويشتري ويوكل ويسافر ويبضع ويودع يعني للمضارب ان يفعل هذه الاشياء كلها اذا كانت
المضاربة صحيحة مطلقة بان دفع اليه مضاربة بالنصف مثلا ولم يزد عليه لان المطلق يتناول الانواع كلها
فله ان يفعل ما هو معتاد بين التجار لانه قد يربح في جهة من التصرف دون جهة او في نوع من الاموال دون نوع
فيطلق له الكل ليحصل غرضه وهو تحصيل الربح والتوكيل والابضاع والايداع والمسافرة من صنيعهم وعن ابي يوسف
عن ابي حنيفة انه ان دفع اليه المال في بلده ليس له ان يسافر به لما ذكرنا وان دفع اليه في غربة كان له ان يسافر به
الى بلده لان الظاهر ان صاحبه رضي به اذ الانسان لا يقيم بدار الغربة دائما في الغالب واعطاؤه المال مضاربة في
هذه الحالة مع علمه بحاله يدل على رضاه به وجه الظاهر ان المضاربة مشتقة من الضرب في الارض على ما بينا
من قبل فيملكه بمطلق العقد اذ اللفظ دال عليه ولا نسلم انه تعريض على الهلاك لان الظاهر فيه السلامة ولا معتبر
بالموهوم الا ترى ان للمودع ان يسافر بالوديعة مع انه ليس له ان يودع والمضارب له ذلك فكان اولى منها
واولى بالجواز وقال ابن ابي ليلى ليس له ان يبيع بالنسيئة لان ذلك تصرف يوجب قصر يده عن مال المضاربة ويعجزه
عن التصرف فيه فيكون موجبا لضد مقصود رب المال فصار كالاقراض بل فوقه لان القرض يمكن الوصول اليه في الحال بواسطة
الطلب وهذا لا يمكن فيكون فيها نوع اهلاك او تبرع ولهذا لو باع المريض بالنسيئة يعتبر بالثلث ونحن نقول
البيع بالنسيئة من صنع التجار وهو متعارف عندهم فيدخل عند الاطلاق لان المتعارف كالمنصوص عليه وهو اقرب
الى تحصيل الربح عادة فكان اوفق لمقصود رب المال وله ان ياذن لعبد من مال المضاربة في التجارة لانه بمنزلة الابضاع
وعن محمد انه ليس له ذلك كالمضاربة قلنا المضارب يصير شريكا والعبد لا يكون شريكا فافترقا قال ولا يزوج
عبدا ولا امة وعن ابي يوسف انه يزوج الامة لانه من الاكتساب لانه يصل الى المهر والى سقوط نفقتها بخلاف تزويج
العبد فان فيه اشغال الرقبة بالدين واستحقاق بيعه به ولهما انه ليس من باب التجارة فلا يدخل تحت الاطلاق
لان لفظ المضاربة يدل على تحصيل المال بطريق التجارة لا باي طريق كان الا ترى انه ليس له ان يكاتب ولا يعتق
على مال وان كان باضعاف قيمته بخلاف المكاتب حيث يجوز له ان يزوج الامة دون العبد لان الكتابة تقتضي
الاكتساب دون التجارة ولهذا كان له ان يكاتب فيملك فيه الامة ايضا ونظيرها الاب والوصي حيث يملكان تزويج
الامة والكتابة دون تزويج العبد لان تصرفهما مقيد بالنظر للصغير فيهما كان فيه نظر للصغير فعلاه وما
لا فلا ونظير المضارب الشريك شركة عنان او مفاوضة حتى كان تزويجه الامة على الخلاف قال ولا يضارب
الا باذن او باعمل برايك يعني لا يجوز له ان يعطي المال مضاربة الا ان ياذن له رب المال او يقول له اعمل برايك
لان الشيء لا يتضمن مثله الا بالتنصيص عليه او التفويض المطلق اليه الا ترى ان الوكيل ليس له ان يوكل غيره الا
بما قلنا بخلاف المكاتب والعبد الماذون له والمستعير حيث تضمنت هذه العقود امثالها لانهم يتصرفون
بحكم المالكية لا بحكم النيابة لان المكاتب صار حرا يدا فله ان يكاتب ولان الكتابة كالبيع من نفس العبد فيملكه

والماذون يفك الحجر بقي متصرفا لنفسه فله ان ياذن لعبده والمستعير يملك ايضا تمليك المنفعة بخلاف
الايداع والابضاع لانهما دونها فيتضمنهما وبخلاف الاقراض والاستدانة حيث لا يملكهما الا بالتصريح
لان المراد من قوله اعمل برايك التعميم فيما هو من عادة التجار وليسا منه فصار كالهبة والصدقة ونظيره
المضاربة الشركة وله الخلط بماله لنفسه لانهما من صنيع التجار فيدخل تحت قوله اعمل برايك قال
ولم يتعد عما عينه من بلد وسلعة ووقت ومعامل كما في الشركة اي اذا خص له رب المال التصرف
في بلد بعينه او في سلعة بعينها او في معاملة رجل بعينه لا يجوز له ان يتعداه فان تعدى صار
ضامنا لان المضاربة توكيل وفي التخصيص فائدة من امن خطر الطريق وخيانة المضارب ومن نفقته من ماله
وكذا الاسعار قد تختلف فبالتقييد تحصل الفائدة فتعتبر فلو عين له بلدا او اخرجه الى غير ذلك البلد
او دفعه بضاعة الى من يخرجه من ذلك البلد ضمن لانه بالمخالفة صار غاصبا وان اشترى شيئا بعد ذلك
كان المشتري له لانه بالاخراج بطلت المضاربة وتقرر ذلك بالشراء والنقد من مال الغير فكان له فصار كمن
اشترى شيئا او نقد الثمن من المغصوب ولو لم يشتر شيئا حتى رد المال الى البلد الذي عينه له برئ من الضمان
كالمودع اذا خالف في الوديعة ثم رجع الى الوفاق وعاد المال مضاربة مثل ما كان لان يده باقية بالعقد
السابق وكذا لو رد البعض يكون المردود مضاربة حتى اذا اشترى في ذلك البلد كان للمضاربة اعتبارا
للجزء بالكل لان التقييد به لما كان مفيدا انقيد به وصار بنفس الاخراج متعديا ضامنا لكنه لا يتقرر الا بالشراء
من بلد اخر فاذا رجع قبل تقرره زال الضمان على ما بينا فبقي المال على ما كان وهذا بخلاف ما اذا قيده في سوق
معين من المصر حيث لا يتقيد به لان المصر الواحد قل ما يتفاوت جوانبه واسواقه لانه كبقعة واحدة فلا يفيد
التقييد الا اذا صرح بالنهي بان قال اعمل في هذا السوق لا تعمل في غيره فحينئذ يتقيد به لان المال له وولاية التصرف
فيه اليه ولعل ذلك يفيد لوجود الاختلاف حقيقة وكذا الحكم الا ترى ان المودع اذا شرط عليه الحفظ في
محلة ليس له ان يحفظها في محلة اخرى فاذا انقصر الاختلاف تقيد به فيضمن اذا خالفه بخلاف ما اذا قال له
بع بنسيئة ولا تبع حالا حيث كان له ان يبيعه حالا عند عدم اختلاف السعر بينهما لانه مخالفة الى خير بيقين
فهو نظير من وكل شخصا ببيع عبده بالف درهم ونهاه عن البيع بالزيادة فباعه الوكيل بالفين فانه يجوز
لما قلنا فكذا هذا وهذا لان الشرط اذا كان غير مفيد لا يعتبر حتى اذا اودع وقال لا تضعها من يدك ليلا
ولا نهارا لا تتقيد به لعدم الفائدة فيه ثم الالفاظ التي تفيد التقييد بالمذكور قوله خذ هذا مضاربة تعمل به في
المصر لان قوله تعمل تفسير لقوله خذه مضاربة والكلام المبهم اذا تعقبه تفسير كان الحكم للتفسير وكذا قوله فاعمل
به لانه في معنى التفسير لان الفاء للوصل والتعقيب والذي وصل الكلام المبهم به وتعقبه كان تفسيرا له وكذا
لو قال له خذه مضاربة بالنصف بمصر لان الباء للالصاق فيقتضي ان يكون العمل ملصقا به وكذا لو قال خذه مضاربة
على ان تعمل في المصر لان في للظرف وانما يكون ظرفا اذا حصل الفاعل والفعل فيه وكذا اذا قال خذه مضاربة على
ان تعمل بمصر لان على للشرط فيتقيد به ولو قال خذه مضاربة واعمل به في مصر لا يتقيد به حتى لا يضمن في العمل في غيره
لان الواو للعطف والشيء لا يعطف على نفسه وانما يعطف على غيره وقد تكون للابتداء اذا كان بعدها جملة فيكون
مشورة لا شرطا في الاول وفي الكافي ما يفيد التقييد من الالفاظ ستة دفعت اليك المال مضاربة على ان تعمل
بالكوفة او لتعمل او تعمل اي تعمل بالكوفة مجزوما او مرفوعا او فاعمل به بالكوفة او قال دفعت اليك مضاربة بالنصف
بالكوفة وما لا يفيد التقييد لفظان دفعت اليك مضاربة واعمل بالكوفة او قال اعمل بالكوفة والضابط
ان رب المال متى ذكر عقيب المضاربة ما لا يمكن التلفظ به ابتداء ويمكن جعله مبنيا على ما قبله يجعل مبنيا
عليه كما في الالفاظ الستة وان استقام الابتداء به لا يبنى على ما قبله ويجعل مبتدأ كما في اللفظين الاخيرين
وحينئذ تكون الزيادة مشورة فكان له ان يعمل في الكوفة وغيرها ولو قال خذه مضاربة على ان تشتري به الطعام

او قال فاشتر به الطعام او قال اشتر به الطعام او قال خذه مضاربة بالنصف في الطعام فهذا كله مفيد فيعتبر
فيه التقييد ولو قال على ان تشتري من فلان وتبيع منه صح التقييد وليس له ان يشتري ويبيع من غيره لان هذا
التقييد مفيد لتفاوت الناس في المعاملة قضاء واقتضاء ولو قال على ان تشتري به من اهل الكوفة او من
الصيارفة وتبيع منهم فباع في الكوفة من غير اهلها او غير الصيارفة جاز لان المقصود من مثل هذا الكلام
عادة التقييد بالمكان او بالنوع فيتقيد بالمكان والنوع حتى لا يجوز له ان يخرج من الكوفة في الاول ويبيع
فيها من اهلها ومن غير اهلها ولا يجوز له ان يعمل في غير الصرف في الثاني ويشتري ويبيع من الصيارفة
وغيرهم لان التقييد بالمكان والنوع مفيد فيعتبر ولا يفيد التقييد باهل الكوفة والصيارفة لان كل واحد
منهما جمع كثير لا يمكن احصاؤهم فيجتمع فيهم الصالح والطالح فلا يفيد التقييد بهم فلا يعتبر ويفيد التقييد
بالمكان والنوع من حفظ المال على ما يرى هو فيعتبر وكذا ان وقت للمضاربة وقتا يتقيد به لانه توكيل
فيتقيد به كما يتقيد بالنوع والمكان قال رحمه الله ولم يشتر من يعتق على المالك اي ليس له ان يشتري من يعتق على رب
المال بقرابة او بسبب يمين لان عقد المضاربة شرع لتحصيل الربح وذلك بالبيع بعد الشراء وفي التصرف فيه كثيرا
والعتق ينافيه بخلاف الوكيل بشراء العبد حيث يجوز له ان يشتري من يعتق على الموكل لان التوكيل هناك مطلق
فيجري على اطلاقه وهنا مقيد بما يمكن التجارة فيه حتى لو وجد في الوكالة ايضا ما يدل على التقييد بان قال
اشتر لي عبدا ابيعه او قال استخدمه او جارية اطاها كان الحكم كذلك ولو اشترى من يعتق على رب المال صار
مشتريا لنفسه لان الشراء اذا وجد نفاذا نفذ على المشتري كالوكيل اذا خالف بخلاف ما اذا اشترى الوكيل من يعتق
على الموكل حيث ينفذ على الموكل والفرق ما بيناه قال رحمه الله او عليه ان ظهر ربح اي ليس للمضارب ان يشتري من يعتق
عليه اذا كان في المال ربح لانه يعتق نصيبه ويفسد نصيب رب المال او يعتق على الاختلاف الذي بيناه في العتق فيمتنع
التصرف فيه والمراد من ظهور الربح المذكور هنا ان يكون قيمة العبد المشترى اكثر من راس المال سواء كان في جملة مال
المضاربة ربح او لم يكن لانه اذا كان قيمة العبد مثل راس المال او اقل لا يظهر ملك للمضارب فيه بل يجعل مشغولا
براس المال حتى اذا كان راس المال الفا وصار عشرة الاف درهم ثم اشترى المضارب من يعتق عليه وقيمته الف
او اقل لا يعتق عليه وكذا لو كان له ثلاثة اولاد او اكثر وقيمة كل واحد الف او اقل فاشتراهم لا يعتق منهم شيء لان
كل واحد مشغول براس المال ولا يملك المضارب منهم شيئا حتى يزيد قيمة كل عين على راس المال على حدة من غير ضمه
الى اخر قال رحمه الله وضمن ان فعل اي ضمن المضارب ان اشترى قريبه وقيمته اكثر من راس المال لانه يصير مشتريا
العبد لنفسه فيضمن بالنقد من مال المضاربة قال رحمه الله وان لم يظهر ربح صح اي ان لم يكن في قيمة العبد المشترى زيادة
على راس المال جاز شراؤه للمضاربة لانه اذا لم تزد قيمته على راس المال لا يعتق عليه اذ لا ملك للمضارب فيه لكونه
مشغولا براس المال فيمكنه ان يبيعه للمضاربة فيجوز قال رحمه الله فان ظهر عتق حظه اي ان ظهر الربح في المشترى بعد الشراء
بان كانت قيمته وقت الشراء قدر راس المال او اقل ثم زادت قيمته حتى صارت اكثر من راس المال عتق نصيب المضارب
لانه ملك بعض قريبه فوجب ان يعتق بقدره قال رحمه الله ولم يضمن لرب المال لانه لا صنع له فيه وانما عتق عليه بطريق
الحكم بسبب زيادة القيمة من غير اختياره فصار كما اذا ورثه مع غيره قال رحمه الله وسعى المعتق في قيمة نصيب رب المال
منه لانه احتبست ماليته عنده فيضمنها كالعبد الموروث بين اثنين واحدهما ابوه وفي الكافي لو اشترى نصفه
بمال المضاربة ولا فضل فيه ونصفه بماله صح عليهما لان هذا النصف لا ربح فيه فلم يثبت العتق فيه وانما دخل العتق
فيه حكما لما اشتراه لنفسه فلم يصر مخالفا والشريك في هذا او الوصي كالمضارب حتى اذا اشترى احد الشريكين عبدا ٢
هو ذو رحم محرم من الصغير او المعتوه لا ينفذ عليهما وانما ينفذ على الاب والوصي لانه لا نظر فيه للصغير بخلاف
العبد الماذون له فانه لو اشترى ذا رحم محرم من المولى يصح ثم ان لم يكن عليه دين يحيط برقبته وكسبه عتق
على المولى وان كان عليه دين يحيط برقبته وكسبه لا يعتق عنده وعندهما يعتق بناء على انه هل يدخل في ملك المولى

هو ذو رحم محرم من الشريك الاخر نفذ ٢ على المشترى كما ينفذ ٢ على المضارب وكذا لو اشترى الاب او الوصي للصغير عبدا صح

الفرق

ثم قال رحمه الله معه الف بالنصف اي مع المضارب فاشترى به امة قيمتها الف فولدت ولدا يساوي الفا فادعاه
موسرا اي ادعاه المضارب في حال يساره فبلغت قيمته الفا وخمسمائة سعى لرب المال في الف وربعه اي ربع الالف
وهو مائتان وخمسون او اعتقه فان قبض الالف ضمن المدعي وهو المضارب نصف قيمتها اي نصف قيمة الجارية
وانما كان كذلك لان دعوة المضارب وقعت صحيحة ظاهرا لانه يحمل على انه وطئها بالنكاح بان زوجها
البائع زوجها منه ثم باعها منه وهي حبلى منه حملا لامره على الصلاح لكن لا ينفذ هذه الدعوى لعدم الملك
وهو شرط فيه لان كل واحد من الجارية والولد مشغول براس المال فلا يظهر الربح فيه لما عرف ان مال المضاربة
اذا صارت اجناسا مختلفة كل واحد منها لا يزيد على راس المال لا يظهر الربح عندنا خلافا لزفر رحمه الله لان بعضها
ليس باولى من البعض فاذا كان كذلك لم يكن للمضارب نصيب في الامة ولا في الولد وانما الثابت له مجرد حق التصرف
فلم تنفذ دعوته فاذا زادت قيمة الغلام وصارت الفا وخمسمائة ظهر الربح فيه في ذلك الوقت فملك المضارب
منه نصف الزيادة فنفذت دعوته السابقة فيه لوجود شرطها وهو الملك بخلاف ما اذا اعتق الولد ثم ظهرت
الزيادة حيث لا ينفذ اعتاقه السابق لان الاعتاق انشاء فاذا بطل لعدم الملك لا ينفذ بعده بحدوثه اما الدعوة
فاخبار فاذا رد في حق غيره فهو باق في حق نفسه فاذا ملكه بعد ذلك نفذت دعوته فيه كما اذا اقر بحرية عبد
لغيره برد اقراره فاذا ملكه بعد ذلك صار حرا ولو اعتق عبد الغير ثم ملكه لا ينفذ عتقه لما قلنا فاذا نفذت
دعوته صار الغلام ابنا له وعتق بقدر نصيبه منه وهو ربعه ولم يضمن المضارب حصة رب المال من الولد
لان العتق يثبت بالملك والنسب فصارت العلة ذات وجهين والملك اخرهما وجودا فيضاف الحكم وهو العتق
اليه لان الحكم يضاف الى الوصف الاخير اصله وضع الفقه على السفينة والقدح الاخير ولهذا قال الصديق
رضي الله عنه للذي قرب بين يديه بالزنا لا تقلها ثمرات اياك والرابعة فانها هي الموجبة ولا صنع للمضارب
في الملك فلا يجب عليه الضمان لعدم التعدي اذ لا يجب ضمان العتق الا بالتعدي فكان رب المال بالخيار ان شاء
اعتق نصيبه من الغلام وان شاء استسعاه لان ماليته احتبست عنده على ما مر في الاعتاق فاذا اختار الاستسعاء
استسعاه في الف ومائتين وخمسين لان الالف مستحق له براس المال ومائتين وخمسين نصيبه من الربح فاذا قبض
منه الف درهم صار مستوفيا لراس ماله وظهر ان الام كلها ربح لفراغها عن راس المال فكانت بينهما نصفين ونفذت
فيها دعوة المضارب وصارت كلها ام ولد له لان الاستيلاد اذا صادف محلا يحتمل النقل لا يتجزى بالاجماع
ووجب نصف قيمتها لرب المال موسرا كان او معسرا لانه ضمان التملك وهو لا يختلف باليسار والاعسار ولا يتوقف
على التعدي لانه ضمان تملك ولهذا الوارث ام ولد مع غيره يتملكها كلها ويجب عليه ان يضمن حصة غيره من
قيمتها موسرا كان او معسرا بخلاف ضمان الاعتاق فانه ضمان افساد لا تملك وهو متولد من تصرفه في ملكه فلا يجب
عليه بغير تعد ولا على معسر واشتراط اليسار هنا للعلم انه لا يجب على احد وانما شرط قبض رب المال الالف من
الغلام حتى تصير الجارية ام ولد للمضارب لانها مشغولة براس المال فاذا اقبضه من الغلام فرغت عن راس المال
وصارت كلها ربحا فظهر فيها ملك المضارب فصارت ام ولد له لما ذكرنا فان قيل لم لا يجعل المقبوض من الولد
من الربح وهو ممكن بان يجعل الولد كله ربحا وهي مشغولة براس المال على حالها قلنا المقبوض من جنس راس
ماله فكان هو اولى بجعله من راس المال ولان راس المال مقدم على الربح اذ لا يسلم لهما شيء من الربح الا بعد سلامة
راس المال لرب المال فكان جعله له اولى بعد وصوله الى يده ولو لم تزد قيمة الولد على الف درهم وزادت قيمة الام
حتى صارت الفا وخمسمائة صارت الجارية ام ولد للمضارب ويضمن لرب المال الف درهم ومائتين وخمسين
درهما لانها زادت قيمتها ظهر فيها الربح وملك المضارب بعض الربح فنفذت دعوته فيها ووجب عليه لرب المال
راس ماله وهو الف ووجب عليه ايضا نصيبه من الربح وهو مائتان وخمسون فاذا وصل الى يده الف استوفى
راس المال وصار الولد كله ربحا فيملك المضارب منه نصفه فيعتق عليه وما لم يصل الى رب المال الالف فالولد رقيق

على نحو ما ذكرنا في الام ثم يأخذ منه ما بقي من نصيبه من الربح ولو زادت قيمتها عتق الولد وصارت
الجارية ام ولد له لان الربح ظهر في كل واحد منهما ويأخذ رأس المال من المضارب لان ما وجب عليه بدل المالين
لانه معجل وهو موسر والسعاية مؤجلة والعبد معسر ويأخذ منه ايضا ما بقي من نصيبه من الربح ويضمن ايضا
نصف عقرها لانه لما استوفى رأس المال ظهر انه ربح لان عقر مال المضاربة يكون للمضاربة ويبقى الغلام في
نصيب رب المال ويسقط عنه نصيب المضارب والله اعلم

باب المضارب يضارب

قال رحمه الله فان ضارب المضارب بلا اذن لم يضمن ما لم يعمل الثاني اي اذا دفع المال مضاربة بغير اذن رب المال لم يضمن
بالدفع ما لم يتصرف الثاني وهذا ظاهر الرواية وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يضمن حتى يربح وقال
زفر رحمه الله يضمن بالدفع تصرف او لم يتصرف وهو رواية عن ابي يوسف لانه ليس له ان يدفع المال على وجه المضاربة
لان العقد لا يقتضي مثله على ما بينا فيضمن الاول بالدفع والثاني بالاخذ لان كل منهما متعد كالمودع اذا اودع
الوديعة بغير اذن صاحبه وجه الظاهر ان الدفع ايداع حقيقة وانما يتقرر كونه للمضاربة بالتصرف
ووجه المروي عن ابي حنيفة رحمه الله ان العقد المجرد لا يوجب الضمان ولهذا لا يضمن الفضولي بمجرد بيع مال الغير
ولا بالتسليم لاجل التصرف لانه ايداع وهو يملك ذلك ولا بالتصرف لانه وكيل فيه على ما بينا من قبل وله ان يوكل وهذا
لانه انما يصير ضامنا بالمخالفة وبهذه الاشياء لا يصير مخالفا الا ترى ان له ان يفعل كل واحد منها على الانفراد فلا
يكون ضامنا به لكن اذا ربح اثبت الشركة فيه واثبات الشركة في مال الغير سبب الضمان كما اذا خلطه بمال غيره
ثم رب المال بالخيار ان شاء ضمن الاول رأس ماله لانه صار غاصبا بالدفع الى غيره بغير اذنه وان شاء ضمن الثاني
لانه قبض مال الغير بغير اذن صاحبه وهذا ظاهر على اصلهما لانهما يوجبان الضمان على مودع المودع واما عند
ابي حنيفة فقد قيل ينبغي ان لا يضمن الثاني كمودع المودع وقيل يضمن الثاني عنده ايضا لانه قبضه لنفع نفسه
بخلاف مودع المودع فانه يقبضه لمنفعة صاحب المال فان ضمن الاول صحت المضاربة بين الاول والثاني والربح
بينهما على ما شرطا لانه باداء الضمان ملكه من وقت خالف فصار كما لو دفع مال نفسه مضاربة الى الثاني وان
ضمن الثاني يرجع بما ضمن على الاول لانه التزم له سلامة المقبوض له عن الضمان فاذا لم يسلم له رجع عليه بما
لحقه اذ هو مغرور من جهته كمودع الغاصب وصحت المضاربة بينهما لانه لما كان قرار الضمان عليه ملك المدفوع
مستندا الى وقت التعدي فتبين انه دفع مضاربة ملك نفسه ويكون الربح بينهما على ما شرطا لصحة المضاربة
ويطيب للثاني ما ربح لانه يستحقه بالعمل لا خبث في عمله ولا يطيب للاول لانه يستحقه برأس المال وملكه فيه
ثبت مستندا فلا يخلو عن شبهة فيكون سبيله التصدق هذا اذا كانت المضاربتان صحيحتين واما اذا كانت احداهما
فاسدة او كلتاهما فلا ضمان على واحد منهما لانه ان كانت الثانية هي الفاسدة صار اجيرا على ما بينا وللاول
ان يستأجر من يعمل في المال وان كانت هي الاولى فكذلك لان فسادها يوجب فساد الثانية لان الاولى لما فسدت
صارت اجارة وصار الربح كله لرب المال ولو صحت الثانية في هذه الحالة لصار الثاني شريكا وليس للاجير ان
يشرك غيره بل المضارب لا يملك ذلك فكانت فاسدة بالضرورة وكانا اجيرين وكذا اذا كانتا فاسدتين فاذا
كانا اجيرين لا يضمن واحد منهما لا يقال الاجير ليس له ان يستأجر للعمل فكيف جاز هنا للمضارب الاول ان
يستأجر بعد ما فسدت الاولى وهو اجير فيها لانا نقول الفاسد من العقود معتبر بالصحيح منها فلما
كان له ان يستأجر في المضاربة الصحيحة كان له ان يستأجر في الفاسدة ايضا قال رحمه الله فان دفع باذن بالثلث وقيل
له ما رزق الله بيننا نصفان فللمالك النصف وللاول السدس وللثاني الثلث اي دفع المضارب الاول الى
المضارب الثاني بالثلث وكان رب المال قال للاول على ان ما رزق الله بيننا نصفان وربح الثاني فلرب المال
النصف وللمضارب الاول السدس وللمضارب الثاني الثلث لان الدفع الى الثاني صحيح لانه بامر المالك ورب المال
شرط لنفسه نصف جميع ما رزق الله تعالى وقد جعل الاول للثاني ثلثه فينصرف ذلك الى نصيبه لانه لا يقدر

اي الاجارة الفاسدة

ان ينقص من نصيب رب المال شيئا فبقي له السدس ويطيب ذلك لكلهم لان رب المال يستحقه بالمال لانه نماء
ملكه والمضارب الاول والثاني يستحقانه بالعمل لان عمل الثاني وقع عنهما فصار نظير من استأجر خياطا ليخيط
له ثوبا بدرهم واستأجر هو غيره ليخيط له ذلك الثوب بنصف درهم وزاد قيمة الثوب طاب لهم جميعا لما قلنا
فكذا هذا لا شبهة فيها وهي تجارة حسنة حيث يستحق الاول سدس الربح وهو قاعد قال رحمه الله ولو قيل له ما رزق
الله بيننا نصفان اي قال رب المال للاول ذلك والمسألة بحالها فللثاني ثلثه والباقي بين الاول والمالك
نصفان لان رب المال هنا شرط ان يكون ما رزق الله تعالى للمضارب الاول بينهما نصفين والمرزوق للاول هو
الثلثان لان الثلث استحقه الثاني بشرط الاول وهو مأذون له فيه فلم يكن من رزق الاول الا الثلثين فيكون
ذلك بينهما نصفين ويطيب لهم بلا شبهة ايضا لما ذكرنا وهذه احسن في حق الاول قال رحمه الله ولو قال له ما ربحت
بيننا نصفان ودفع بالنصف فللثاني النصف واستويا فيما بقي اي اذا قال رب المال للمضارب الاول اي شيء
ربحت فهو بيننا نصفان ثم دفع الاول للثاني بالنصف فللثاني نصف الربح لان الاول شرط له ذلك وشرطه صحيح
لانه باذن المالك والباقي وهو النصف استوى فيه رب المال والمضارب الاول فيكون بينهما نصفين لان رب
المال لم يشترط لنفسه هنا الا نصف ما ربحه الاول ولم يربح الاول الا النصف والنصف الآخر صار للثاني بشرطه
فلم يكن من ربح الاول وهذه مثل المسألة الثانية غير ان المشروط فيها للثاني الثلث فيبقى لهما الثلثان وفي هذه
النصف فيبقى لهما النصف قال رحمه الله ولو قيل له ما رزق الله فلي نصفه او ما كان من فضل فبيننا نصفان فدفع بالنصف
فللمالك النصف وللثاني النصف ولا شيء للاول لان قول رب المال ما رزق الله او ما كان من فضل ينصرف الى جميع
الربح فيكون له النصف من الجميع وقد شرط المضارب الاول للثاني نصف جميع الربح فيكون له ايضا النصف ثم
فلم يبق للاول شيء من الربح فيخرج بغير شيء كمن استأجر رجلا ليخيط له ثوبا بدرهم فاستأجر الاجير غيره ليخيط
ذلك الثوب بدرهم بخلاف ما اذا قال ما ربحت بيننا نصفان او ما رزقك الله حيث يكون لرب المال فيها نصف
ما بقي من الثاني وهي المسألة المتقدمة على ما بينا والاصل فيه ان رب المال متى ما شرط لنفسه نصف الربح او ثلثه
من مطلق الربح فله ما شرط من جميع الربح وان شرط لنفسه نصف ما ربحه المضارب الاول او ثلثه فله ما شرط مما فضل
من نصيب الثاني فلا يمكن ان يخرج الاول في هذه بغير شيء وفي الاول يمكن على ما رأيت ويمكن ان يضمن الثاني على ما
نبين قال رحمه الله ولو شرط للثاني ثلثيه والمسألة بحالها ضمن الاول للثاني سدسا اي سدس الربح من ماله لان رب
المال شرط لنفسه النصف من مطلق الربح فله ذلك واستحق المضارب الثاني ثلثي الربح بشرط الاول لان شرطه
صحيح لكونه معلوما لكن لا ينفذ في حق رب المال اذ لا يقدر ان يغير شرطه فيغرم له قدر السدس لانه ضمن له
سلامة الثلثين بالعقد ولانه غره في ضمن عقد المضاربة وهو ايضا سبب الرجوع كمن استأجر رجلا لخياطة
ثوب بدرهم فدفعه الاجير الى من يخيطه بدرهم ونصف قال رحمه الله وان شرط للمالك ثلثه ولعبده ثلثه على
ان يعمل معه ولنفسه ثلثه صح اي اذا شرط المضارب لرب المال ثلث الربح ولعبد رب المال ثلث الربح على ان
يعمل العبد مع المضارب ولنفسه ثلث الربح جاز لان اشتراطه للعبد يكون اشتراطا للمولى فكانه شرط للمولى
ثلثي الربح واشتراط عمل العبد غير مفسد لانه من اهل ان يضارب في مال مولاه وللعبد يد حقيقة ولهذا
لا يكون للمولى ولاية اخذ ما اودعه العبد وان كان محجورا عليه لا سيما هنا لانه يكون العبد مأذونا له
باشتراط العمل عليه فلا تكون يد مولاه ثابتة فيه بعد التسليم اليه فصحت المضاربة لزوال يد المولى عن
المال بخلاف ما اذا شرط عمل رب المال لان بقاء يده يمنع تسليم المال الى المضارب فلا يجوز ثم ان لم يكن على العبد
دين فهو للمولى سواء شرط فيها عمل العبد او لم يشترط وان كان عليه دين فهو للغرماء ان شرط عمله وان لم يشترط
عمله فهو للمولى وهذا ظاهر لانه باشتراط عمله صار مضاربا في مال مولاه فيكون كسبه له فيأخذه غرماؤه
والا فهو للمولى وان لم يشترط عليه فهو اجنبي عن العقد فكان المشروط كمسكوت عنه فيكون له لانه نماء ملكه

فان تصرف وربح كان ثلث الربح للمضارب وثلثاه لرب المال ان لم يكن على العبد دين وان كان عليه دين فهو للغرماء هذا اذا كان العاقد هو المولى
مسكين

ط

اذ لا يشترط بيان نصيبه وانما يشترط بيان نصيب المضارب لكونه كالاجير وكذلك اذا شرط الثلث لعبد
المضارب يصح سواء اشترط عليه العمل او لم يشترط ان لم يكن عليه دين لان ما شرط له للمولى فيكون كانه شرطه
للمولى من الابتداء وان كان عليه دين ان شرط عليه عمله جاز وكان المشروط لغرمائه وان لم يشترط عليه لا يجوز ويكون
ما شرط لرب المال عند ابي حنيفة لان المولى لا يملك كسب عبده المديون عنده فلا يكون المشروط للعبد مشروطا
للمولى فتعذر تصحيحه له وكذا لا يمكن جعله للعبد من غير عمل فبطل بخلاف ما اذا شرط لعبد رب المال بلا
عمل فان العبد ان لم يستحقه يبقى في ملك رب المال فيكون له لانه نماء ملكه وعندهما يملك المولى كسب عبده المديون
فاشتراطه للعبد يكون اشتراطا للمولى فيصح هذا اذا كان العاقد هو المولى ولو عقد العبد المأذون له عقد
المضاربة مع الاجنبي وشرط العمل على مولاه لا يصح ان لم يكن عليه دين لانه اشتراط العمل على المالك بخلاف العكس
وان كان على العبد دين صح عند ابي حنيفة لان المولى لا يملك كسب عبده المديون فصار من اهل ان يعمل في مال
المضاربة وعندهما يملك كسب عبده المدين فلا يجوز ولو شرط بعض الربح لمكاتب رب المال او المضارب
ان شرط عمله جاز وكان المشروط له لانه صار مضاربا له باشتراط العمل عليه وهو من اهل ان يضارب
في مال مولاه لانه كالاجنبي عنه وان لم يشترط عمله لا يجوز لان هذا ليس بمضاربة وانما المشروط هبة موعودة
فلا يلزم وعلى هذا غيره من الاجانب ان شرط له بعض الربح وشرط عمله صح والا فلا ويعلم بما ذكرنا ان اشتراط
عمل العبد مع المضارب في المختصر وقع اتفاقا واعلم ان يد العبد ليست يد المولى حتى لا تمنع صحة المضاربة
بخلاف اشتراطه على المولى قال رحمه الله وتبطل بموت احدهما لان المضاربة وكالة وهي تبطل به ولا تورث وقد مر
في موضعه قال رحمه الله وبلحوق المالك مرتدا يعني تبطل المضاربة بلحوق رب المال بدار الحرب مرتدا لان
اللحوق بمنزلة الموت ولهذا يورث ماله وتعتق امهات اولاده ومدبروه وقبل لحوقه يتوقف تصرف مضاربه
عند ابي حنيفة رحمه الله على النفاذ بالاسلام او البطلان بالموت او القتل لانه يتصرف له فصار كتصرفه بنفسه
ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها عندهم لان تصرفاته انما توقفت لمكان توقفه في ملكه ولا
ملك له هنا في مال المضاربة وله عبارة صحيحة فلا يتوقف في ملك رب المال فبقيت المضاربة على حالها
قال رحمه الله وينعزل بعزله ان علم اي ينعزل المضارب بعزل رب المال اياه بشرط ان يعلم العزل لانه وكيل من
جهته فيشترط فيه العلم بعزله على ما بيناه في الوكالة قال رحمه الله وان علم والمال عروض باعها اي ان علم المضارب
بالعزل ومال المضاربة عروض باع العروض ولا ينعزل عن ذلك لان له حقا في الربح ولا يظهر الا بالنقد فيثبت له حق
البيع ليظهر ذلك قال رحمه الله ثم لا يتصرف في ثمنها لان البيع بعد العزل كان للضرورة حتى يظهر الربح ان كان فيه ولا
حاجة اليه بعد القبض فصار كما اذا عزله بعد ما نض وصار من جنس راس المال ولو عزله والمال نقود لكن من خلاف
جنس راس المال ليس له ان يبيعه بجنس راس المال قياسا لان النقدين جنس واحد من حيث الثمنية وفي الاستحسان
له ان يبيعه بجنس راس المال لان الواجب على المضارب ان يرد مثل راس المال وانما يتحقق ذلك برد جنسه
فكان له بيعه ضرورة وموته وارتداده مع اللحوق وجنونه مطبقا والمال عروض كعزله والمال عروض حتى
لا يمنعه موت رب المال من بيعه كما لا يمنعه عزله منه لان جواز بيعه له بعد العزل لاجل حق المضارب لاحتمال
ان يكون فيه ربح فيظهر وذلك لا يختلف بين ان يكون العزل حكميا او قصديا لان حقه ثابت فيه على كل حال
بخلاف ما اذا لم يكن فيه حق ثابت بان نض كله او كان وكيلا لا مضاربا حيث يختلف فيه بين العزل القصدي
والحكمي حتى لا ينعزل في القصدي الا اذا علم وفي الحكمي علم او لم يعلم على ما بيناه من الفرق بينهما في الوكالة
وهنا لا فرق بينهما لان المانع هو ثبوت حقه وهو ثابت فيه على كل حال والدليل على انهما استويا ان فيما ان العلم
بالعزل لا تاثير له هنا فكذا كونه حكميا لان القصدي بعد العلم يساوي الحكمي مطلقا قال رحمه الله ولو افترقا وفي
المال ديون وربح اجبر على اقتضاء الديون لانه كالاجير والربح كالاجرة له وقد سلم له ذلك فيجبر على اتمام عمله

كما في الاجارة المحضة قال رحمه الله والا لا يلزمه الاقتضاء اي وان لم يكن في المال ربح لا يلزمه الاقتضاء لانه وكيل
محض وهو متبرع فلا جبر على المتبرع على ايفاء ما تبرع به ولهذا لا يجبر الواهب على التسليم ولا يقال الرد
واجب عليه وذلك انما يكون بالتسليم كما اخذه لانا نقول الواجب عليه رفع الموانع وذلك بالتخلية لا بالتسليم
حقيقة قال رحمه الله ويوكل المالك عليه اي يوكل المضارب المالك وهو رب المال على الاقتضاء لان حقوق العقد
تتعلق بالعاقد ورب المال ليس بعاقد فلا يتمكن من المطالبة الا بتوكيله فيؤمر بالتوكيل كيلا يضيع حقه وعلى
هذا كل وكيل بالبيع وكل مستبضع اذا امتنع من التقاضي لا يجبر على التقاضي ولكن يجبر على ان يحيل صاحب المال
كيلا يضيع حقه قال رحمه الله والسمسار يجبر على التقاضي لانه يبيع ويشتري للناس عادة باجرة فجعل ذلك
بمنزلة الاجارة الصحيحة بحكم العادة فيجب عليه التقاضي والاستيفاء لانه وصل اليه بدل عمله فصار كالمضارب
اذا كان في المال ربح والسمسار بكسر الاول المتوسط بين البائع والمشتري فارسية معربة والجمع سماسرة
يبيع ويشتري للناس باجر من غير ان يستاجر ولو استوجر باجرة معلومة على ان يشتري او يبيع شيئا معلوما
لا تجوز الاجارة لانه استوجر على عمل لا يقدر على اقامته بنفسه فان الشراء والبيع لا يتم الا بمساعدة غيره و
هو البائع والمشتري فلا يقدر على تسليمه والحيلة في جوازه ان يستاجره يوما للخدمة فيستعمله في البيع
والشراء الى اخر المدة لان العقد يتناول المنفعة وهي معلومة ببيان قدر المدة وهو قادر على تسليمه
بتسليم نفسه في المدة ولو عمل من غير شرط واعطاه شيئا لا باس به لانه عمل معه حسنة فجازاه خيرا
وبذلك جرت العادة وما رآه المؤمنون حسنا فهو عند الله حسن قال رحمه الله وما هلك من مال المضاربة
فمن الربح لانه تابع وراس المال اصل لتصور وجوده بدون الربح لا العكس فوجب صرف الهالك الى التبع
لاستحالة بقائه بدون الاصل كما يصرف الهالك الى العفو في الزكاة قال رحمه الله فان زاد الهالك على الربح لم
يضمن المضارب لانه امين فلا يكون ضمينا للتنافي بينهما في شيء واحد قال رحمه الله وان قسم الربح وبقيت المضاربة
ثم هلك المال او بعضه ترادا الربح ليأخذ المالك راس ماله اي اذا اقتسما الربح والمضاربة باقية على حالها
ولم يفسخاه بان اقتسما بعض المال وتركا بعضه في يد المضارب على انه راس المال والمقتسم ربح ثم هلك
المتروك في يده وهو امانة ترادا الربح الذي اقتسماه حتى يستوفي رب المال راس ماله لان الربح تابع وراس
المال اصل فلا يسلم الربح بدون سلامة الاصل قال رسول الله صلى الله عليه وسلم مثل المؤمن كمثل التاجر لا يسلم
له ربحه حتى يسلم له راس ماله فكذلك المؤمن لا تسلم له نوافله حتى تسلم له عزائمه وقال رحمه الله ايضا فاذا هلك ما في
يده تبين انه ليس براس ماله وانما اقتسماه ليس بربح اذ لا يتصور بقاء التبع بدون الاصل فيضمن المضارب ما اخذه
على انه ربح لانه اخذه لنفسه حتى يتم راس ماله بخلاف ما بقي في يده حيث لا يضمنه لانه لم ياخذه لنفسه
وما اخذه رب المال محسوب عليه من راس المال ونظيره عزل الورثة بعض التركة لقضاء دين الميت ثم اقتسامهم
بقية التركة ثم هلاك المعزول فان قسمتهم قد بطلت ووجب عليهم التراد لقضاء الدين فان كان قيمتهم عين
فهو محسوب عليهم من الدين لان الورثة لا يسلم لهم شيء الا بعد قضاء الدين قال رحمه الله وما فضل فهو بينهما
اي ما فضل من راس المال بعد التراد يكون بينهما لانه ربح لان رب المال لم يبق له حق بعد استيفاء راس المال
الا في الربح قال رحمه الله وان نقص لم يضمن المضارب لانه امين فيه قال رحمه الله وان قسم الربح وفسخت ثم عقدها
فهلك المال لم يترادا الربح الاول اي لو اقتسما الربح وفسخا المضاربة ثم عقداها ثانيا فهلك المال بعد ذلك
لم يترادا الربح الاول لان المضاربة الاولى قد انتهت بالفسخ وثبوت الثانية بعقد جديد فهلاك المال
في الثانية لا يوجب انتقاض الاولى فصار كما اذا دفع اليه مالا اخر وهذه هي الحيلة فيما اذا خاف المضارب
ان يسترد منه الربح بعد القسمة بسبب هلاك ما بقي في يده من راس المال وصورة هذه الحيلة ان يسلم
المضارب راس المال الى رب المال ثم يقتسمان الربح ثم يرد رب المال راس المال الى المضارب ويقول له اعمل

على المضاربة فيكون ذلك مضاربة مستقبلة فهلاك المال فيها بعد ذلك لا يوجب رد الربح الذي كان في الاولى
وهكذا اذا فعلوا ذلك في كل ما اقتسما لا يجب عليهما الترادّ عند الهلاك **فصل** اعلم ان ما يفعله
المضارب ثلاثة انواع نوع يملكه بمطلق عقد المضاربة وهو ما هو معتاد بين التجار كالرهن والارتهان
والايجار والاستيجار للركوب او الحمل والشراء له ولو سفينة اذا احتاج اليها وتاخير الثمن الى اجل متعارف
ولو بعد البيع لانه يملك الاقالة بخلاف الوكيل بالبيع عند ابي يوسف حيث لا يجوز تاجيله الدين بعد البيع
لانه لا يملك الاقالة ثم يبيعه بنسيئة وهنا يملك ونوع لا يملكه بمطلق العقد ويملكه اذا قيل له اعمل برايك
وهو ما يحتمل ان يلحق به فيلحق به عند وجود الدلالة لورود ذلك ومثل دفع المال مضاربة او شركة وخلط
مال المضاربة بماله او بمال غيره لان رب المال رضي بشركته لا بشركة غيره وهو امر عارض لا تتوقف التجارة عليه
فلا يدخل تحت مطلق العقد ولكنه هو طريق في التثمير فمن هذا الوجه موافق له فيدخل فيه عند وجود الدلالة
وقوله اعمل برايك دال عليه ونوع لا يملكه بمطلق العقد ولا بقوله اعمل برايك الا ان ينص عليه وهو الاستدانة
لان فيه شغل ذمته بالدين فلا يدل عليه اللفظ وصورته هو ان يشتري بالدين بعد ما اشترى براس المال كله
نوعا من التجارة فاذا فعل ذلك بامره كان المشتري بينهما على ما شرطا وربحه يتبع اصله حتى يستحقانه بقدر
استحقاقهما الاصل وبطل شرطهما فيه بخلاف ذلك لانه هو شركة وجوه وليس بمضاربة لانه اذا اشترى براس المال
عروضا ثم اشترى شيئا اخر بالدين يكون زائدا على راس المال فلم ينعقد عليه المضاربة او اشترى باكثر من راس
المال ابتداء كان حصة دفع الزيادة شركة لانه لو لم ينعقد عليه كان ينفذ على المضارب فاذا اذن له نفذ عليهما
واخذ السفاتج مثله لانه استدانة وكذا اعطاؤها لانه اقراض والعتق على مال وغير مال والكتابة والهبة
والصدقة كل ذلك ليس من باب التجارة فلا يملكه الا بالنص ولو كان معه دراهم فاشترى بمكيل او موزون
او معدود نفذ على المضارب لانه استدانة ولو اشترى بدنانير كان المضاربة استحسانا لانهما جنس واحد
من وجه **قال** ولا تفسد المضاربة بدفع المال الى المالك بضاعة وقال زفر رحمه الله تفسد ولا يستحق
المضارب من ربحه شيئا لان رب المال يتصرف في مال نفسه فلا يصلح وكيلا فيه لان الوكيل هو الذي يعمل لغيره وهذا
عامل لنفسه فكيف يصلح وكيلا لغيره فيه بل يكون مستردا للمال لانه يملك عزله واسترداد ماله في اي وقت شاء
اذا لم يتعلق به حقه فصار كما اذا لم يسلمه اليه من الابتداء او كما اذا اخذه بنفسه من غير دفع المضارب اليه
وهو ناض وكما اذا دفعه اليه مضاربة والجامع ان كل واحد منهما يمنع التخلية ومن شرطه ان يكون المال مسلما
الى المضارب ولان المضاربة اجارة والاجير اذا استعان بالموجر وفعله الموجر لا يستحق الاجر كالخياط اذا
استعان بصاحب الثوب فخاطه لا يستحق الاجر عليه فكذا هذا ولنا ان التسليم قد وجد وصار التصرف بعد ذلك
حقا للمضارب فيصلح ان يكون رب المال وكيلا فيه كالاجنبي ولان المضاربة فيها معنى الشركة والربح حتى جاز من غير
توقيت وبعض ما يخرج من العمل ولو عمل ولم يربح شيئا لم يستحق شيئا ولو كان اجارة لا يستحق الاجرة بالعمل وانما
يستحقه رب المال فرعا على عمله كما يستحقه رب المال فرعا على المال فاذا كان الاستيجار بهذا الطريق صلح رب المال معينا
للمضارب لانه عامل فكان عمله ثابتا لقدرته وكذا يده فلا يكون باخذه الا على وجه الفسخ مبطلا لها كالرهن اذا
استعاره الراهن لا يكون فسخا للرهن بخلاف ما اذا اخذه بنفسه من غير ان يدفع اليه المضارب لانه لا يمكن
ان يجعل معينا هنا لعدم الاستعانة منه فيقع العمل لنفسه ضرورة انه يملك ذلك والاسترداد اذا كان
المال ناضا حتى لو كان عروضا واخذه من غير دفع المضارب لا يكون استردادا لانه لا يملك عزله في هذه الحالة
وبخلاف ما اذا لم يسلمه اليه ابتداء واخذه بعد التسليم على وجه المضاربة او شرط عليه العمل ابتداء حيث تكون
هذه الاشياء مبطلة للمضاربة لانها تمنع التخلية او يكون المال والعمل مستحقا من شخص واحد فيخرج بها من
ان تكون مضاربة وبخلاف مسئلة الخياطة لانها اجارة محضة فلا يتصور ان يقع عمل صاحب الثوب عن الاجير

اذ تسليم المنفعة او العمل شرط في الاجارة ولا كذلك المضاربة لان فيها معنى الشركة على ما بينا **قال** فان
سافر فطعامه وشرابه وكسوته وركوبه في مال المضاربة وان عمل في المصر فنفقته في ماله كالدواء اي ان سافر
المضارب التجارة في مال المضاربة فماكله ومشربه وملبوسه يكون في مال المضاربة وان عمل في مصره ففي ماله كما
يكون الدواء في ماله مطلقا لان النفقة تجب بسبب الاحتباس كنفقة القاضي والزوجة وهو اذا سافر صار محبوسا به
فتجب مؤنته الراتبة فيه بخلاف الدواء لانه من العوارض وبخلاف الاجير لانه يستحق البدل بيقين فلا يتضرر
بالانفاق من ماله والمضارب لا يستحق الا الربح فيمكن ان لا يحصل فيه ربح فلو لم ينفق منه لتضرر بخلاف الوكيل والمستبضع
لانهما متبرعان فيه وبخلاف ما اذا كان يعمل في مصره لانه لم يحتبس بمال المضاربة فلا تجب له النفقة فيه وهذا
لانه ساكن بالسكنى الاصلي ووجوب النفقة على الغير بسبب الاحتباس به فلم يوجد فتكون نفقته في ماله وهو
القياس في المضارب المسافر لانه بمنزلة الوكيل او الاجير او الشريك وكل واحد منهم لا يستحق النفقة فيما يعمل به
فكذا هذا الا انا تركناه لما ذكرنا من المعنى ولان العادة قد جرت ان المضارب ياكل من مال المضاربة اذا عمل في غير مصره
وفي مصره ياكل من ماله والمكان القريب من مصره بمنزلة مصره والفاصل انه اذا كان في مكان بحيث يمكنه ان يغدو
ويروح الى منزله فهو كمصره لان اهل السوق يتجرون في السوق ثم يبيتون في منازلهم وان لم يمكنه ان يبيت في منزله
فمؤنته في مال المضاربة لانه صار محبوسا به ومن مؤنته الواجبة فيه غسل ثيابه واجرة من يخدمه وعلف دابته
التي يركبها والدهن في موضع يحتاج اليه كالحجاز واجرة الحمام والحلاق وقص الشارب كل ذلك من مال المضاربة
لان العادة جرت بها ولان نظافة البدن والثياب توجب كثرة من يعامله لان صاحب الوسخ يعده الناس من
المفاليس فيجتنبون معاملته فيطلق له من ذلك الاكل بالمعروف حتى اذا زاد يضمن ولو رجع الى بلده وفي يده شيء
من النفقة رده الى مال المضاربة كالحاج عن الغير اذا بقي شيء في يده يرده على المحجوج عنه او الورثة وكالغازي
اذا خرج من دار الحرب يرد الى الغنيمة ما معه من النفقة وكالامة اذا بوأها المولى منزلا مع الزوج ثم اخرجها
الى الخدمة وقد بقي شيء من النفقة في يدها يسترده الزوج وعن الحسن عن ابي حنيفة ان الدواء ايضا يكون في
مال المضاربة لانه لاصلاح بدنه ويتمكن من العمل فصار كالنفقة وجه الظاهر ان النفقة معلوم وقوعها والحاجة
الى الدواء من العوارض فكان موهوما فلا يجب كما في المراة وفي النهاية الشريك اذا سافر بمال الشركة فنفقته في ذلك
المال روي ذلك عن محمد رحمه الله وذكر في الكافي بعد ما ذكر وجوب النفقة المضارب في المال فقال بخلاف الشريك
لانه لم يجر التعارف ان الشريك العامل ينفق على نفسه من مال الشريك الاخر **قال** فان ربح اخذ المالك ما انفق
من راس المال اي اذا ربح المضارب اخذ رب المال قدر ما كان انفق المضارب من راس المال حتى يتم له راس
المال فاذا استوفى راس ماله وفضل شيء اقتسماه لان راس المال اصل والربح مبني عليه فلو يسلم لهما الفرع
حتى يسلم لرب المال الاصل وهذا لان الذي ذهب بالنفقة هالك والهالك يصرف الى الربح على ما بيناه **قال**
فان باع المتاع مرابحة حسب ما انفق على المتاع لا على نفسه يعني اذا باع المضارب المتاع الذي انفق عليه ضم جميع
ما انفق على المتاع من اجرة الحمال والطراز واجرة السمسار والصباغ والقصار ونحو ذلك مما ذكرنا في باب المرابحة الى
راس المال بان يقول قام علي بكذا لان هذه الاشياء تزيد في القيمة وتعارف التجار الحاقها براس المال في بيع المرابحة
فجاز ذلك ولا يضم ما انفقه على نفسه في سفره وتقلباته في المال الى راس المال لانهم لم يتعارفوا الضم الى راس المال
ولا يزيد هو ايضا في قيمة المتاع بخلاف الانفاق على المتاع لانها بالزيادة على الثمن صارت في معنى الثمن **قال**
ولو قصره او حمله بماله وقيل له اعمل برايك فهو متطوع يعني اذا قال رب المال للمضارب اعمل برايك فاشترى
بمال المضاربة كله متاعا ثم نقله او قصر ثيابه بمال من عنده يكون متطوعا لان راس المال لم يبق منه شيء فيكون
تنفيذه على رب المال بعد ذلك استدانة من غير اذنه وهو لا يجوز على ما بينا وكذا لو زاد على الثمن بان اشترى
باكثر من راس المال يكون متطوعا في الزيادة وفي الكافي لو اشترى بكل راس المال وهو الف ثيابا فاستقرض مائة

المحمل رابح بالف ومائة عند ابي حنيفة لانها قامت عليه بذلك وان باعها بالفين كانت عشرة من ذلك حصة المضاربة اي عشرة اسهم على شرطهما وسهم المضارب خاصة لانه استقرضه لنفسه والكراء في ماله خاصة وعندهما يبيع الثياب مرابحة على الالف لا غير والثمن كله على المضاربة وهو متطوع في الكراء لانه فعل بغير اذنه فصار كالاجنبي وقال في المحيط في تعليل قول ابي حنيفة ان المضارب في الثياب حقا يضاهي الملك الا ترى انه لو نهاه رب المال عن بيع الثياب لم يصح نهيه فكان بمنزلة المالك فقام الثياب عليه بالف ومائة فيبيعهما مرابحة على الكل فاذا باعهما مرابحة يقسم ثمنها على ما لحقهما فما اصاب مال المضاربة وهو عشرة اسهم بقيت المضاربة فيها على حالها وما اصاب المائة المستقرضة كان له خاصة قال رحمه الله وان صبغه احمر فهو شريك بما زاد الصبغ فيه ولا يضمن لان الصبغ عين مال قايم وقد اختلط بمال المضاربة وهو متقوم فيكون شريكا ضرورة بخلاف القصارة والحمولة لانه ليس بعين مال قايم فلا يكون خلطا بمال المضاربة الا ترى انه يضيع على الغاصب دون الصبغ ثم اذا بيع المتاع قسم الثمن على قيمة الثوب ابيض وعلى ما زاد من الصبغ فما اصاب قيمة الثوب كان على المضاربة وما اصاب الزيادة كان له لان الثمن مال مشترك فيقسم على قدر الانصباء وانما لا يضمن المضارب بهذا الخلط لانه ماذون فيه لان قوله اعمل برايك ينتظمه فلا يكون به متعديا بل يكون شريكا كما اذا هبت الريح في ثوب انسان فالقته في صبغ غيره او خلط المال المودع بمال المودع بغير صنعه بخلاف ما اذا لم يقل له اعمل برايك فانه لا يكون شريكا بل يضمن كالغاصب قال رحمه الله معه الف بالنصف فاشترى به بزا وباعه بالفين واشترى بهما عبدا فضاعا غرم الفا والمالك الفا اي غرم المضارب ورب المال الفا ثم غرم رب المال وحده الفا اخر فيغرم المضارب خمسماية والمالك الفا وخمسماية وربع العبد للمضارب وباقيه على المضاربة وراس المال الفان وخمسماية لان المال لما صار الفين ظهر الربح في المال وهو الف فكان بينهما نصفين فنصيب المضارب منه خمسماية فاذا اشترى بالالفين عبدا صار العبد مشتركا بينهما فربعه للمضارب وثلاثة ارباعه لرب المال ثم اذا ضاع الالفان قبل النقد كان عليهما ضمان ثمن العبد على قدر ملكهما في العبد فربعه على المضارب وهو خمسماية وثلاثة ارباعه على رب المال وهو الف وخمسماية فنصيب المضارب خرج عن المضاربة لانه صار مضمونا عليه ومال المضاربة امانة بينهما تنافي ونصيب رب المال باق على المضاربة لعدم ما ينافيها وهو معنى قوله وباقيه على المضاربة يعني ثلاثة ارباع العبد وراس المال هو جميع ما دفع رب المال الى المضارب وهو الفان وخمسماية لانه دفع اليه اولا الفا ثم الفا وخمسماية ولا يبيع العبد مرابحة الا على الالفين لانه اشتراه بالفين وهو معنى قوله ويرابح على الفين ولو باع العبد بعد ذلك باربعة الاف كان للمضارب ربعه وهو الف والباقي للمضاربة وهي ثلاثة الاف فالفان وخمسماية منها راس المال وخمسماية ربح بينهما نصفان قال رحمه الله وان اشترى من المالك بالف عبدا اشتراه بنصفه رابح بنصفه اي لو اشترى المضارب من رب المال بالف درهم عبدا كان اشتراه رب المال بنصف الالف يبيعه المضارب مرابحة على نصف الالف وهو خمسماية ولا يجوز ان يبيعه مرابحة على الالف لان بيعه من المضارب كبيعه من نفسه لانه وكيله فيكون بيع ماله بماله فيكون كالمعدوم وان حكم بجوازه لتعلق حق المضاربة به فلا يجوز بناء المرابحة عليه لانها مبنية على الامانة وعلى الاحتراز عن شبهة الخيانة فيبنى على ما اشتراه به رب المال فيكون المضارب كالوكيل له في بيعه ولو كان بالعكس بان اشترى المضارب عبدا بخمسماية فباعه من رب المال بالف يبيعه مرابحة على خمسماية لان البيع الجاري بينهما كالمعدوم لما ذكرنا فتنبني المرابحة على ما اشتراه به المضارب كانه اشتراه لرب المال من غير بيع قال رحمه الله معه الف بالنصف فاشترى به عبدا قيمته الفا فقتل رجلا خطا فثلاثة ارباع الفداء على المالك وربعه على المضارب والعبد يخدم المالك ثلاثة ايام والمضارب يوما لان مال المضاربة اذا كان عينا واحدا قيمتها اكثر من راس المال يظهر فيها الربح وهو الف هنا بينهما نصفان والف لرب المال براس ماله لان قيمته الفان فصار الفداء بينهما على هذا الوجه ارباعا

فثلاثة ارباعه على رب المال والربع على المضارب لان الفداء مؤنة الملك فيتقدر بقدره فاذا فدياه خرج العبد كله عن المضاربة اما نصيب المضارب فلانه صار مضمونا عليه على ما بينا واما نصيب رب المال فيقضي القاضي بانقسام الفداء عليهما لان قضاءه بالفداء يتضمن قسمة العبد بينهما لان الخطاب بالفداء يوجب سلامة المفدى ولا سلامة الا بالقسمة بخلاف ما مضى لان كل الثمن ثم على المضارب لانه العاقد وان كان له الرجوع على رب المال بما ضمن فلا حاجة الى القسمة ولان العبد بالجناية صار كالزائل عن ملكهما اذ الموجب الاصلي هو الدفع وبالفداء صار كانهما اشترياه فاذا خرج عن المضاربة يخدمهما على قدر ملكهما بحكم الاشتراك بينهما وهذا معنى قوله يخدم المالك ثلاثة ايام اي رب المال والمضارب يوما قال رحمه الله معه الف فاشترى به عبدا وهلك الثمن قبل النقد دفع المالك الفا اخر ثم وثم وراس المال جميع ما دفع يعني اذا كان مع المضارب الف درهم فاشترى به عبدا وضاع الثمن قبل النقد رجع على رب المال فاذا دفع اليه ثانيا ثم هلك قبل النقد ايضا رجع عليه فهكذا يرجع عليه كلما هلك الى ما لا يتناهى ويكون راس المال جميع ما دفع اليه رب المال بخلاف الوكيل حيث لا يرجع عند هلاك الثمن بعد الشراء الا مرة واحدة والفرق ان المال في يد المضارب امانة ولا يمكن جعله على الاستيفاء لان الاستيفاء لا يكون الا بقبض مضمون والمضاربة تنافيه على ما بينا فكل ما قبض يكون امانة واذا هلك كان الهالك على رب المال وقبض الوكيل بعد الشراء استيفاء لانه وجب له على الموكل مثل ما وجب عليه للبائع فاذا قبضه صار مستوفيا له لان قبضه مضمونا عليه واذا هلك ليس له ان يرجع به على الموكل لان المستوفي لم يبق له حق بعد الاستيفاء ولم يوجد ما يمنع من جعله مستوفيا لحقه مضمونا عليه لان الوكالة لا تنافي الضمان الا ترى ان الغاصب اذا توكل ببيع المغصوب جاز وهو مضمون عليه فلا حاجة الى جعل ما قبضه بعد الشراء امانة حتى لو لم يقع الاستيفاء بان دفع اليه الثمن قبل الشراء ثم اشترى به ثم هلك قبل النقد رجع به على الموكل لوقوع الاول امانة لانه لا يمكن جعله مستوفيا لقبضه قبل الشراء لانه لم يجب عليه شيء حتى يصير مستوفيا بالقبض فيكون امانة فاذا هلك رجع عليه فيكون مضمونا عليه ثم اذا هلك لا يرجع لما ذكرنا بخلاف ما اذا لم يدفع اليه الثمن الا بعد الشراء حيث لا يرجع اصلا والمعنى ما بيناه ولانا لو قبضه الوكيل لو لم يجعل على الاستيفاء لزم منه تضييع المال على الموكل لان المأخوذ منه ثانيا يضيع وفي المضاربة لا يضيع لانه ملحق براس المال ويستوفيه من الربح ولو لم يرجع عليه لتضرر المضارب فيرجع عليه دفعا للضرر عنه ولان الوكيل انتهت وكالته بالشراء مرة وانعزل فلا يرجع بعد الانعزال بخلاف المضارب فانه لم ينعزل بالتصرف بل لا ينعزل بالعزل في بعض الصور فيرجع عليه ما دام متصرفا قال رحمه الله معه الفان فقال دفعت الي الفا وربحت الفا وقال المالك دفعت الفين فالقول للمضارب ومعنى المسئلة ان يكون مع المضارب الفان فقال لرب المال دفعت الي الفا وربحت الفا وقال رب المال بل دفعت اليك الفين فالقول للمضارب وكان ابو حنيفة رحمه الله يقول اولا القول لرب المال وهو قول زفر لان المضارب يدعي الربح والشركة فيه ورب المال ينكر فالقول قول المنكر ثم رجع وقال القول قول المضارب وهو قول ابي يوسف ومحمد لان حاصل اختلافهما في المقبوض فالقول قول القابض في مقدار المقبوض امينا كان او ضمينا الا ترى انه لو انكر القبض بالكلية كان القول له واذا اختلفا في راس المال والربح بان قال رب المال راس المال الفان وشرطت لك ثلث الربح وقال المضارب راس المال الف وشرطت لي نصف الربح كان القول للمضارب في قدر راس المال لانه القابض والقول لرب المال في مقدار الربح لانه المنكر للزيادة وهو لو انكر استحقاق الربح عليه بالكلية بان قال كان المال في يده بضاعة فكان في انكاره الزيادة وايهما اقام البينة تقبل بينته لانها مبينة كما سمعها وان اقاما البينة في هذه الصورة كانت بينة رب المال اولى في مقدار راس المال وبينة المضارب اولى في مقدار الربح لانها اكثر اثباتا قال رحمه الله معه الف فقال هو مضاربة بالنصف وقد ربح الفا وقال المالك هو بضاعة فالقول للمالك لان المضارب يدعي عليه تقوم عمله او الشركة في ماله او شرط من جهته ورب المال منكر فكان القول قوله ولو قال المضارب اقرضتني

اذا كان الثمن مدفوعا الى الوكيل قبل الشراء وهلك بعد الشراء ستخلص

والبينة بينة رب المال فان قلت فما وجه الفرق بين
هذا وبين ما اذا انعكس قلت وجه الفرق انعكاس
العلة لانهما الخ مسكين

وقال رب المال هو وديعة او بضاعة او مضاربة فالقول لرب المال والبينة بينة المضارب لان المضارب يدعي
عليه الملك وهو ينكر ولو كان بالعكس بان ادعى رب المال القرض والمضارب المضاربة كان القول للمضارب لانهما
اتفقا على ان الاخذ كان باذن رب المال ثم رب المال يدعي عليه ضمانا وهو ينكر فكان القول قوله وايهما اقام البينة
قبلت بينته ولو اقاما البينة كانت بينة رب المال اولى لانها اكثر اثباتا ولو ادعى المضارب العموم في كل تجارة
وادعى رب المال الخصوص او ادعى رب المال المضاربة في نوع وقال المضارب ما سميت لي تجارة بعينها كان القول
للمضارب لان الاصل فيها العموم فكان القول لمن يتمسك بالاصل وقال زفر القول لرب المال لان الاذن يستفاد من
جهته فكان اعرف به كالوكالة وكما اذا اختلفا قبل العمل قلنا الاصل في الوكالة الخصوص وفي المضاربة العموم وقبل
العمل يكون انكار رب المال نهيا له عن العموم وهو يملك ذلك فصح نهيه ولو ادعى كل واحد منهما نوعا كان
القول لرب المال لانهما اتفقا على الخصوص فكان قول من يستفاد من جهته الاذن اولى والبينة بينة المضارب
لحاجته الى نفي الضمان وعدم حاجة الاخر الى البينة ولو وقتت البينتان بان قال رب المال دفعت اليك مضاربة
ان تعمل في بز في رمضان وقال المضارب دفعت الي ان اعمل في طعام في شوال او بالعكس واقاما البينة كانت بينة
من يقول في شوال اولى لان الاخر الشرطين ينسخ اولهما وان لم يوقتا او وقتا وقتا واحدا او وقتت احداهما دون الاخرى
يقضى بما قال رب المال كانهما لم يوقتا وقد بينا المعنى والله اعلم

كتاب الوديعة

قال رحمه الله الايداع هو تسليط الغير على حفظ ماله والوديعة ما يترك عند الامين هذا في الشرع وفي اللغة الوديعة مشتقة
من الودع وهو مطلق الترك قال عليه السلام لينتهين اقوام عن ودعهم الجماعات او ليختمن الله على قلوبهم او ليكتبن
من الغافلين اي عن تركهم اياها قال الله تعالى ما ودعك ربك وما قلى قرئ بالتخفيف والتشديد والمودع الشيء
المتروك وقال عليه السلام الايمان نور الله تعالى اودعه في قلوب المؤمنين فعلى العبد ان يسال التوفيق على حفظ وديعة
الله تعالى او على حفظ جميع الامانات فانه فرض قال النبي صلى الله عليه وسلم على اليد ما اخذت حتى ترده رواه ابو داود
والترمذي وقال عليه السلام اد الامانة الى من ائتمنك ولا تخن من خانك رواه ابو داود والترمذي وقال حديث
حسن وقال الله تعالى ان الله يامركم ان تؤدوا الامانات الى اهلها وحفظها يوجب سعادة الدارين والخيانة
توجب الشقاء فيهما قال عليه السلام الامانة تجر الغنا والخيانة تجر الفقر وروي ان زليخا لما ابتليت بالفقر وابيضت
عيناها من الحزن على يوسف عليه السلام جلست على قارعة الطريق في زي الفقراء فمر بها يوسف عليه السلام فقامت
تنادي ايها الملك اسمع كلامي فوقف يوسف عليه السلام فقالت الامانة اقامت المملوك مقام الملوك والخيانة
اقامت الملوك مقام المملوك فسال عنها فقيل انها زليخا فتزوجها مرحمة عليها ثم شرط الوديعة اثبات اليد
عليها عند الاستحفاظ وركنها قول المودع اودعتك هذا المال او ما يقوم مقامه من الاقوال والافعال والقبول
من المودع بالقول والفعل او بالفعل فقط وحكمها وجوب الحفظ على المستودع ووجوب الاداء عند الطلب وصيرورة
المال امانة في يده قال رحمه الله وهي امانة فلا يضمن بالهلاك لقوله عليه السلام لا ضمان على مؤتمن رواه الدارقطني
ولان المودع متبرع في الحفظ وما على المحسنين من سبيل ولان يده يد المالك فيكون هلاكها في يد المالك فلا يجب
الضمان ولان للناس حاجة الى الايداع فلو ضمن المودع لامتنع الناس عن قبول الودائع فكانوا يحرجون بذلك
وهلاكها لا يختلف بين ان يكون بشيء يمكن التحرز عنه او لا وبين ان هلك للمودع مال غيرها معها او لم يهلك
وقال مالك ان ادعى انها سرقت وحدها يضمن لمكان التهمة قال رحمه الله وللمودع ان يحفظها بنفسه وبعياله لان المطلق
منه ان يحفظها مثل ما يحفظ مال نفسه ومال نفسه يحفظه بمن في عياله من زوجته وولده ووالديه او غيرهم
والمعتبر فيه المساكنة لا النفقة عليه الا ترى ان المراة اذا دفعت الوديعة الى زوجها لا تضمن ولو دفع الى الاجير
الذي استاجره مشاهرة ونفقته عليه لا يضمن وعن محمد ان المودع اذا دفع الوديعة الى وكيله وليس في عياله
او دفع الى امين من امنائه ممن يثق به في ماله وليس في عياله لا يضمن لانه حفظه مثل ما يحفظ ماله وجعله مثله

ولا يجب عليه اكثر من ذلك ذكره في النهاية ثم قال وعليه الفتوى وعزاه الى التمرتاشي وهو الى الحلواني ثم قال
وعن هذا لم يشترط في التحفة في حفظ الوديعة بالعيال وقال ويلزم المودع حفظه اذا قبل الوديعة على
الوجه الذي يحفظ ماله وذكر فيه الاسبيجابي ذكر ان له ان يحفظ بشريكه العنان والمفاوضة وعبده الماذون له في يده
مال الا اذا قال وبهذا يعلم ان العيال ليس بشرط في حفظ الوديعة قال رحمه الله وان حفظها بغيرهم ضمن اي بغير من
في عياله لان صاحبها لم يرض بيد غيره والايدي تختلف في الامانة ولان الشيء لا يتضمن مثله كالمضارب لا يضارب
والوضع في حرز غيره من غير استيجار له ايداع حتى يضمن به لان الوضع في الحرز وضع في يد من في يده الحرز فيكون
كالتسليم له قال رحمه الله الا ان يخاف الحرق او الغرق فيسلمها الى جاره او فلك اخر لان التسليم الى جاره او الالقاء الى سفينة
اخرى عند احاطة النار بداره وعند تخبط السفينة تعين حفظا فلا يضمن به ولا يصدق على ذلك الا ببينة
لان تسليم الوديعة الى غيره موجب للضمان ودعوى الضرورة دعوى مسقطة له فلا تقبل الا ببينة كما اذا
اتلفها بالصرف الى حاجته باذن صاحبها قالوا هذا اذا لم يمكنه ان يدفعها الى من هو في عياله وان امكنه
ان يحفظها في ذلك الوقت بعياله فدفعها الى الاجنبي يضمن لانه لا ضرورة فيه وكذا لو القاها في سفينة اخرى
وهلكت قبل ان يستقر بان وقعت في البحر ابتداء او بالتدحرج يضمن لان الاتلاف حصل بفعله قال رحمه الله
وان طلبها ربها فحبسها قادرا على تسليمها او خلطها بماله حتى لا تتميز ضمنها لانه متعد بالمنع بعد الطلب
مع القدرة على تسليمها اذ لا يرضى صاحبها بامساكها بعده فيكون معزولا فصار يده عليها كيد الغاصب
فيضمن وكذا بالخلط صار مهلكا متعديا اذ لا يمكنه الوصول الى عين حقه بسبب فعله فيجب عليه الضمان
فيملك المخلوط ولا سبيل للمودع في المخلوط عند ابي حنيفة وقالا اذا خلطها بجنسها شركه ان شاء لانه
لا يمكنه الوصول الى عين حقه صورة وامكنه معنى بالقسمة فكان استهلاكا من وجه فيميل الى ايهما شاء وهذا
لان القسمة فيما لا يتفاوت احاده افراز وتعيين حتى ملك كل واحد من الشريكين ان ياخذ حصته من غير قضاء
ولا رضاء فكان امكان الوصول الى عين حقه قائما معنى فيخير وله انه استهلاك من كل وجه لانه فعل يتعذر
معه الوصول الى عين حقه ولا يكون الاستهلاك من العباد اكثر من ذلك لان اعدام المحل لا يدخل تحت قدرتهم
فيصير ضامنا ولا معتبر بالقسمة لانها من موجبات الشركة ليصل كل واحد الى حقه فلا تصلح ان تكون علة للشركة
لان حكم العلة لا يكون علة العلة ثم قالوا لا يباح للخالط التناول قبل اداء الضمان ولو ابرا المودع الخالط
لا سبيل للمودع على المخلوط عند ابي حنيفة رحمه الله لان حقه في الدين لا غير وقد سقط بابرائه وعندهما يسقط
الخيار وتتعين الشركة في المخلوط وفيه تظهر فائدة الخلاف ولو خلط المائع بخلاف جنسه كالزيت بالشيرج
يوجب انقطاع حق المالك الى الضمان لانه استهلاك صورة ومعنى لتعذر القسمة باعتبار اختلاف الجنس
وتعين المبادلة ومن هذا القبيل خلط الحنطة بالشعير في الصحيح لان احدهما لا يخلو عن حبات الاخر فتتعذر
التمييز وقيل لا ينقطع بالاجماع لامكان التمييز في الجملة وقيل القياس ان يكون المخلوط ملكا للخالط عند ابي حنيفة
وفي الاستحسان لا يصير ولو خلط المائع بجنسه ينقطع حق المالك عند ابي حنيفة رحمه الله لما بينا وعند ابي يوسف
يجعل الاقل تابعا للاكثر اعتبارا للغالب اجزاء وعند محمد شركه بكل حال لان الجنس لا يغلب الجنس عنده وقد
مر في الرضاع ولو خلطت الفضة بالفضة بعد الاذابة صار من المائعات ولانه مائع حقيقة عند الخلط فيكون
على الخلاف المذكور قال رحمه الله وان اختلطت بغير فعله اشتركا لان الضمان لا يجب عليه الا بالتعدي ولم يوجد اذ لم
يوجد منه فعل فيشتركان ضرورة وهذه شركة املاك وقد بينا حكمها في الشركة قال رحمه الله ولو انفق بعضها فرد
مثله فخلطه بالباقي ضمن الكل لان البعض صار مضمونا عليه بالاتفاق لانه متعد فيه وصار البعض الاخر مضمونا
ايضا لكونه خلط ماله بها لان الضمان لا يصح الا بالتسليم الى صاحبه وقبله باق على ملكه فاذا خلطه بالوديعة
صار مستهلكا للوديعة فيضمن على ما بينا قال رحمه الله وان تعدى فيها ثم ازال التعدي زال الضمان بخلاف المستعير

والمستاجر واقراره بعد جحوده وقال الشافعي لا يبرأ عن الضمان لان عقد الوديعة ارتفع حين صار ضامنا للمنافاة بين الضمان والامانة فلا يبرأ الا بالرد على صاحبها ولا تعود الامانة الا بعقد جديد فصار كالمستعير والمستاجر وكالجحود ولنا انه مامور بالحفظ وقد وجد وهذا لان الامر بالحفظ مطلق فيتناول الاوقات كلها فاذا خالف في البعض ارتفع حكم العقد في ذلك البعض فاذا رجع الى الوفاق في غيره اتى بالمامور به فارتفع الخلاف ضرورة فتعود الامانة كما اذا استاجر اجيرا للحفظ في مدة فترك الحفظ في بعضها ثم عاد فانه يستحق الاجر بقدره بخلاف المستعير والمستاجر للعين اذا تعدى في العين المستعارة والمستاجرة ثم ازال التعدي حيث لا يبرأ عن الضمان لان البراءة من الضمان انما تكون باعادة يد المالك حقيقة او حكما ولم يوجد ذلك لان قبضهما العين كان لانفسهما لاستيفاء المنافع فاذا تركا الخلاف لم يوجد الرد الى صاحبها لا حقيقة ولا حكما بخلاف المودع فان يده يد المالك حكما لانه عامل له في الحفظ فاذا ترك الخلاف فقد ردها الى يد صاحبها حكما فيبرأ اذ هو نايب عنه وبخلاف الجحود لان الجحود رفع للعقد فينفسخ به العقد فلا يعود الا بعقد جديد كالاحكام الشرعية فانه بالجحود ينتقض ايمانه فلا يتمسك الا بعقد جديد وبالمخالفة فعلا لا ينتقض حتى اذا عاد الى الوفاق صح ولهذا الجحود الوكيل الوكالة يكون فسخا وكذا جحود احد المتبايعين البيع ولانه لما جحد بحضرته عزل نفسه وهو يملك ذلك بحضرته وينفرد به ولانه لما طالبه المودع فقد عزله فيكون هو بعد ذلك بالامساك غاصبا ولو عاد الى الاقرار وهذا معنى قوله في المختصر بخلاف المستعير والمستاجر واقراره بعد جحوده وقال ابو يوسف لو جحدها عند غير صاحبها او عنده حين ساله عن حالها من غير ان يطلب منه الرد او طلب منه الرد عند من يخاف عليها منه فجحدها لا يضمن لان الجحود في هذه الصورة من باب الحفظ وهو مامور به فلا يعد انكارا ولا خلافا وانما هو اتقان للحفظ ولانه لا يملك عزل نفسه حال غيبته ولم يعزله صاحبها فيكون باقيا على حاله وقال زفر يضمن لان الجحود سبب الضمان لكونه اتلافا حكما فلا يختلف باختلاف الاحوال كالاتلاف حقيقة قلنا في هذه الاحوال ليس باتلاف وانما يكون اتلافا اذا اراد تملكها ومراده حفظها هنا بقطع طمع الطامعين فكيف يكون اتلافا قال رحمه الله وله ان يسافر بها عند عدم النهي والخوف اي للمودع ان يسافر بالوديعة اذا لم ينهه المودع ولم يخف عليها بالاخراج وهذا على اطلاقه قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف له الخروج بها الى مسافة قصيرة وان طالت لا يخرج بها اذا كان لها حمل ومونة لانه يلزمه مونة لان القصيرة لا يخاف فيها عادة ولهذا تسافر المراة السفر القصير بغير محرم ولا زوج وقال محمد لا يخرج بها اذا كان لها حمل ومونة لانه يلزمه مونة الرد فيما له حمل ومونة والظاهر من حاله انه لا يرضى به وربما تستغرق المونة الوديعة وفيها هلاكها فلا يجوز كالوكيل بالبيع حيث لا يكون له اخراج المبيع فان اخرج ضمن وقال الشافعي رحمه الله ليس له ان يخرج بها سواء كان له حمل ومونة او لم يكن لان المطلق ينصرف الى المتعارف وهو الحفظ في الامصار عادة وصار كالاستحفاظ باجر ولابي حنيفة رحمه الله ان الامر صدر مطلقا فلا يتقيد بالمكان كما لا يتقيد بالزمان والمكان محل للحفظ اذا كان الطريق امنا والكلام فيه فصار كالمصر ولهذا يملكه الاب والوصي في مال الصغير مع ان ولايتهما نظرية لقوله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي احسن ولولا انه من الاحسن لما جاز ذلك لهما الا ترى ان الجودة في الاموال الربوية تتقوم في تصرفهما حتى لا ينفذ بيعهما مثلها وزنا لعدم النظر والوكيل بالبيع لا بالحفظ وانما يجب عليه الحفظ بمقتضى الامر بالبيع اذ لا يمكنه بيعه الا بعد حفظه والاستحفاظ باجر عقد معاوضة فيقتضي التسليم في مكان العقد وما يلزم الامر من مونة الرد ضرورة صحة امره فلا يعد ذلك اضرارا به والمعتاد كون اهل المصر لا حفظهم فيه ومن يكن في المفازة يحفظ ماله فيها كاهل الاخبية ولو كان الطريق مخيفا ليس له ان يسافر بها ان كان له منه بد وان لم يكن له منه بد بان سافر مع اهله لا يضمن ولو نهاه ان يخرج بها من المصر فخرج بها ضمن ان كان له منه بد لان المصر ابلغ في الحفظ فكان التقييد مفيدا وان لم يكن له منه بد لا يضمن

قال رحمه الله ولو اودعا شيئا لم يدفع المودع الى احدهما حظه اي لو اودع رجلان شيئا عند رجل فحضر احدهما فطلب نصيبه لم يدفع اليه حتى يحضر الاخر وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وهو مروي عن علي رضي الله عنه وقالا له ذلك والخلاف في ذوات الامثال وفي غيره ليس له ذلك بالاجماع لهما ان الحاضر طلب نصيبه خاصة فيؤمر بالدفع اليه كما في الدين المشترك وهذا لانه يطالبه بتسليم ما سلم وهو النصف ولهذا كان له ان ياخذه اذا ظفر به فكذا يؤمر المودع بالتسليم اليه ولابي حنيفة رحمه الله ما روينا عن علي رضي الله عنه ولان المودع لا يملك القسمة بينهما ولهذا لو دفع اليه نصفه لا يكون قسمة بالاجماع حتى اذا هلك الباقي رجع صاحبه على الاخر بحصته بالاجماع فاذا لم يقع قسمة لا يجوز له ان يدفع نصيب الغايب اليه لعدم اذنه بذلك فيكون متعديا بالدفع فيضمن نصيبه بخلاف الدين المشترك لانه يطالبه بتسليم حقه لان الديون تقضى بامثالها واخذه الشريك عند الظفر به لا يدل على ان المودع يؤمر بالدفع الا ترى ان رجلا اذا كان له على انسان الف درهم دين وللمديون الف درهم وديعة عند اخر فله ان ياخذ الوديعة اذا ظفر بها وليس للمودع ان يدفع اليه ولو يؤمر بذلك ويحكى ان رجلين دخلا الحمام واودعا عند الحمامي ثيابهما فخرج احدهما فطلبه منه فاعطاه ثم خرج الاخر فطالبه فتحير الحمامي وذهب الى ابي حنيفة رحمه الله فقال له قل لا اعطيك حتى يحضر صاحبك فانقطع قال رحمه الله فان اودع رجل عند رجلين ما يقسم اقتسماه وحفظ كل نصيبه ولو دفع الى الاخر ضمن بخلاف ما لا يقسم وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وكذا الجواب في المرتهنين والوكيلين بالشراء اذا سلم احدهما الى الاخر وقالا لاحدهما ان يحفظ باذن الاخر في الوجهين لان المودع رضي بامانتهما فكان لكل واحد منهما ان يسلم الى الاخر ولا يضمن فيما لا يقسم ولابي حنيفة رحمه الله وهو القياس ان المالك رضي بحفظهما لا بحفظ احدهما ورضاه بامانة الاثنين لا يكون رضى بامانة الواحد وهذا لان الاصل ان فعل الاثنين اذا اضيف الى ما يقبل الوصف بالتجزي يتناول البعض لا الكل فاذا سلم الكل الى الاخر ولم يرض المالك به ضمن ولا يضمن القابض لان مودع المودع لا يضمن عنده واما فيما لا يقسم فالمالك رضي بثبوت يد كل واحد منهما على الانفراد في الكل لانه لما اودعهما مع علمه بانهما لا يجتمعان على حفظه اناء الليل واطراف النهار وامكنهما المهاياة صار راضيا بحفظ كل واحد منهما جميعه على الانفراد قال رحمه الله ولو قال لا تدفع الى عيالك او احفظ في هذا البيت فدفعها الى من لا بد له منه او حفظه في بيت اخر من الدار لم يضمن اي المودع قال ذلك المودع فخالفه في ذلك لا يضمن لانه لا يمكنه الحفظ مع مراعاة شرطه فلم يكن مفيدا فيلغو هذا اذا كانت الوديعة مما يحفظ في يد من منعه المودع من الدفع اليه مثل ان تكون الوديعة فرسا فيمنعه من التسليم الى غلامه او يكون عقد جوهر فيمنعه من التسليم الى امراته او كانت بيوت الدار متساوية اما اذا كانت الوديعة مما لا يحفظ في يد من نهاه من الدفع اليه كما اذا كانت الوديعة فرسا فنهاه عند الدفع الى امراته او كانت عقد جوهر فنهاه عن التسليم الى غلامه او كانت بيوت الدار مختلفة بان كان في بعضها عورة ظاهرة فيضمن بالمخالفة لان التقييد مفيد في ذلك قال رحمه الله وان كان له منه بد او حفظها في دار اخرى ضمن اي ان كان له بد من دفع الوديعة الى من نهاه عن دفعها اليه بان نهاه ان يدفعها الى امراته فلانة وله امراة اخرى او نهاه ان يسلمها الى غلامه فلان وله غلام اخر فخالفه او قال له احفظها في هذا البيت او في هذه الدار فحفظها في دار اخرى ضمن لان الناس يختلفون في الامانة والكياسة ومعرفة طرق الصيانة والاحتراز عما يوجب شيئا في الدين اذ هي الحاملة على الحفظ كما ينبغي وكذا الدور تختلف في الحرز فكان هذا الشرط مفيدا فيعتبر اذ كان لا يخرج بالوفاء بالشرط وذلك عند وجود من ذكرنا والا فلا قال رحمه الله ضمن مودع الغاصب لا مودع المودع وهذا عند ابي حنيفة وعندهما يضمن مودع المودع ايضا فيكون لصاحبها الخيار ان شاء ضمن الاول وان شاء ضمن الثاني فان ضمن الاول لا يرجع به على احد وان ضمن الثاني رجع به على الاول لكونه عاملا له لان الاول خاين بالتسليم الى الثاني بغير اذن المالك

اي في المكيل والموزون وفي الذخيرة ذكر الخلاف في الثياب والدواب ايضا وكذا في الكافي والصحيح ان الاختلاف في ذوات الامثال كالمكيلات وفيما عداها من الثياب والدواب والعبيد فليس للحاضر ان ياخذ نصيبه بالاجماع مسكين

فضاع عنده ضمن الدافع لا القابض عند ابي حنيفة وقالا لا يضمنان بخلاف ما لا يقسم اي ان كانت الوديعة مما لا تقسم كالعبد والثوب الواحد وكل ما يتغير بالتقسيم حتى جاز ان يحفظه باذن الاخر فلو دفع الى الاخر ثم ضاع لا يضمن مسكين

والثاني متعد بقبضه بغير اذنه فنزل منزلة الغاصب ومودع الغاصب او الغاصب وغاصب الغاصب او الغاصب والمشتري منه غير ان الثاني مغرور من جهة الاول عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة وله ان قبض المال من يد امين لانه بالدفع لا يضمن ما لم يفارقه لحضور رايه لان حفظه باق ما دام في مجلسه وصاحبها رضي به باعتبار حصول رايه لا بصورة يده بدليل انها لو هلكت قبل ان يفارقه لا يضمن واحد منهما بالاجماع فعلم بذلك ان الايداع مباح له اذا لم ينقطع راي الاول فلم يكن متعديا بمجرد الدفع ما لم يفارقه فاذا فارقه صار مضيعا لها وقت التفريق بترك الحفظ الملتزم بالعقد والقابض منه لم يكن متعديا بالقبض بدليل ما ذكرنا من عدم وجوب الضمان بالهلاك قبل ان يفارقه الاول وبعد الافتراق لم يحدث فعلا اخر بل هو مستمر على ذلك الفعل وهو امين فيه فكيف يكون متعديا ضامنا بعده وهو لم يفوت الحفظ الذي التزمه بالعقد وهذا لانه لما صار في اوله امينا وجب ان يبقى كذلك حتى يوجد منه فعل يبطله فصار نظير ما لو هبت الريح في ثوب انسان فالقته في حجر غيره فانه لا يضمن بالاستمرار ما لم يوجد منه تعد فكذا هذا والجامع بينهما ان كل واحد منهما لم يكن متعديا في الابتداء فلا ينقلب متعديا بدون احداث فعل اخر ولا يقال لو لم يكن متعديا بالدفع لما ضمن بالفراق كما اذا دفعها الى من في عياله فلما ضمن بالفراق علم انه متعد فيكون القابض منه ايضا متعديا فيضمن ضرورة لانا نقول لما جاز له الدفع وهو حاضر بالاجماع بدليل ما ذكرنا صار كان المودع قال له اذنت لك ان تدفعه الى غيرك بشرط ان لا تفارقه فانه لا يضمن ما دام معه فكذا هذا بخلاف مسئلة الغاصب والغاصب منه واخواتها لانهم صاروا امثاله بالتلقي منه ابتداء لعدم اذن المالك فكذا ابقاء ثم مودع الغاصب ان لم يعلم انه غاصب يرجع على الغاصب قولا واحدا وان علم فكذلك في الظاهر وحكى ابو اليسر انه لا يرجع واليه اشار شمس الائمة ذكره في النهاية وقال ابن ابي ليلى لا يضمن المودع بالايداع ولا مودع المودع بالقبض بناء على ان له ان يودع عنده لانه يجب عليه ان يحفظ الوديعة مثل ما يحفظ ماله ويحفظ ماله تارة بنفسه وتارة بغيره قلنا لم يوجد من المودع الرضى بالدفع الى غيره ولا الدلالة على الرضا اذ لو رضي بغيره لما اودعها عنده فكان متعديا بالدفع فيضمن قال رحمه الله معه الف ادعى رجلان كل انه له اودعه اياه فنكل لهما فالالف لهما وغرم الفا اخر بينهما اي اذا كان في يد رجل الف فادعاها رجلان كل واحد منهما انه له اودعها اياه يحلف لهما فان نكل لهما كان الالف بينهما وعليه الف اخر بينهما بيان ذلك ان دعواهما صحيحة فيجب عليه اليمين لهما فان حلف لهما فلا شيء لهما عليه لعدم الحجة وان حلف لاحدهما ونكل للاخر قضي به لمن نكل له دون الاخر لوجود الحجة في حقه دون الاخر وان نكل لهما قضي به بينهما لعدم الاولوية ثم يجب عليه الف اخر لهما لاقراره به او لبذله اياه على اختلاف الاصلين وبايهما بدا القاضي بالتحليف جاز لتعذر الجمع بينهما وعدم الاولوية والاولى عند البعض ان يقرع بينهما تطييبا لقلوبهما ونفيا للتهمة الميل فان نكل للاول لا يقضي به حتى يحلفه القاضي للثاني لينكشف وجه القضاء هل هو لهما او لاحدهما كما اذا اقاما البينة بخلاف ما اذا اقر لاحدهما فانه يحكم به له لان الاقرار حجة ملزمة بنفسه والنكول لا يكون حجة الا بالقضاء ولهذا لو نكل ثم حلف لا يلزمه شيء وكذا البينة لا تكون حجة الا بالقضاء فيؤخر القضاء حتى ينكشف وجهه ولا ضرر عليه بالتاخير لانه لا يقضي للمتقدم حتى يحلف للمتاخر ولو نكل للثاني ايضا قضى به بينهما نصفين لاستوائهما في الحجة ويغرم الف اخر بينهما نصفين كما ذكر في المختصر لانه بالنكول اوجب لكل واحد منهما كل الالف كان ليس معه غيره فاذا صرفه اليهما فقد صرف نصف نصيب كل واحد منهما الى الاخر فيغرمه فلو قضى القاضي حين نكل قبل ان يحلف للثاني لا ينفذ قضاؤه حتى لو نكل الثاني بعده كان الالف بينهما لان القضاء للاول لا يبطل حق الثاني وقال الخصاف ينفذ قضاؤه لانه محل مجتهد فيه لان من العلماء من قال ينفذ قضاؤه للاول ولا يشاركه الثاني فيه لان النكول حجة نزعية كالاقرار ووضع المسئلة في العبد وفرق بينهما لان النقود تتعين في الودائع والمغصوب ثم اذا حلف المدعى عليه للثاني بعد القضاء عليه للاول

لو نكل ثم حلف لا يلزمه شيء

الثاني صح

ووجه المناسبة بين الكتابين ظاهر لان الاول امانة تركت للحفظ والثاني امانة دفعت للحفظ والانتفاع والعارية فعلية منسوبة الى العار اسم من الاعارة والعارة اسم من الاعارة واخذها من العار وهو العيب والعري خطاء يقال استعرت منه الشيء فاعارنيه واستعرته اياه على حذف المضاف كذا في المغرب وفي المبسوط هي مشتقة من التعاور وهو التناوب فكانه يجعل للغير نوبة في الانتفاع بملكه على ان تعود النوبة اليه بالاسترداد متى شاء ولكن في المستخلص العارية اعطية سميت بها لانها عارية عن العوض فعلى هذا ينبغي ان يكون على وزن فاعلة لكن قد ذكر المصدق المصطفى انه لا يروى بغير تشديد الياء حتى قال من كانت له دربة في ... بقوله العارية عارية فعلى هذا ينبغي ان يكون وجه تسميتها بها لانها منسوبة الى العار فكان في الاستعارة نوع من العار لانه يطلب ... فيكون بمنزلة قولهم الشامية والحجازية منسوبة الى الشام والحجاز انتهى

مقتصرا على قوله ما هذا العبد لي بالاجماع لان نكوله لا يفيد بعد ما صار العبد لغيره وهل يحلف اذا ضم اليه القيمة بان يقال له بالله ما لهذا عليك هذا العبد ولا قيمته وهو كذا او كذا ولا اقل منه قيل ينبغي ان يحلف عند محمد خلافا لابي يوسف بناء على ان المودع اذا اقر بالوديعة ودفعها الى غيره يضمنه عند محمد خلافا لابي يوسف فانه يقول ان ما فات من حقه لم يفت بمجرد اقراره وانما فات بالدفع الى الاول وذلك بقضاء القاضي فلا يضمن ولكن محمد رحمه الله يقول هو الذي سلط القاضي على القضاء بها للاول باقراره ثم اقر للثاني بانه مودع عنده والمودع يكون ضامنا بالتسليط والله اعلم

كتاب العارية

قال رحمه الله هي تمليك المنافع بغير عوض هذا في الشرع وفي اللغة مشتقة من العار منسوبة اليه وقيل انها فعلية لان طلبها عار وفي الشرع ما ذكره في الكتاب وقال الكرخي والشافعي هي اباحة الانتفاع بملك الغير لانه ينعقد بلفظ الاباحة ولا يشترط فيه ضرب المدة ومع الجهالة لا يصح التمليك وكذا يعمل فيها النهي ولا يملك الاجارة من غيره ونحن نقول انها تنبئ عن التمليك لانها ماخوذة من العرية وهي العطية في الثمار بالتمليك من غير عوض ثم استعمل في المنفعة كذلك فاقتضت تمليكا ولهذا تنعقد بلفظ التمليك وله ان يعير فيما لا يختلف باختلاف المستعمل ولو كان اباحة لما جاز لان المباح له ليس له ان يبيح لغيره وهذا لان تمليك المنافع مشروع بعوض كالاجارة فوجب ان يكون مشروعا بغير عوض ايضا كالاعتاق لان كل ما جاز فيه التمليك ببدل جاز فيه التمليك بغير بدل الا النكاح والجهالة لا تفضي الى المنازعة وكل جهالة لا تفضي الى المنازعة لا توجب الفساد وهذا لانها غير لازمة فلكه ان يرجع في كل ساعة بخلاف المعاوضات فانها لازمة والجهالة فيها تفضي الى المنازعة حتى اذا كانت لا تفضي الى المنازعة كالخياطة جازت من غير ضرب المدة والنهي منع عن تحصيل ما لم يحصل ولم يوجد بعد فيكون امتناعا عن التمليك ولهذا لا تجوز اجارته لانها لم تدخل في ملكه قبل الحدوث قال رحمه الله وتصح باعرتك اي بقوله اعرتك لانه صريح فيه قال رحمه الله واطعمتك ارضي لان الاطعام اذا اضيف الى ما لا يؤكل عينه يراد به ما يستغل منه مجازا لانه محله قال رحمه الله ومنحتك ثوبي معناه اذا لم يرد به الهبة لان المنح لتمليك العين عرفا وعند عدم ارادته يحمل على تمليك المنافع واصله ان يعطي الرجل ناقة ليشرب لبنها ثم يردها اذا ذهب درها ثم كثر ذلك حتى قيل في كل من اعطى شيئا منح واذا اراد به الهبة افاد ملك العين والا بقي على اصله قال رحمه الله وحملتك على دابتي اي اذا لم يرد به الهبة لان هذا اللفظ مستعمل فيهما يقال حمل فلان فلانا على دابته يراد به الهبة تارة والعارية اخرى فاذا نوى احدهما صحت نيته وان لم يكن له نية حمل على الادنى كيلا يلزمه الاعلى بالشك قال رحمه الله واخدمتك عبدي لانه يراد به العارية لانه اذن له في الاستخدام قال رحمه الله وداري لك سكنى وداري لك عمري سكنى لان قوله داري لك محتمل يحتمل ان يكون رقبتها ويحتمل ان يكون منفعتها وقوله سكنى محكم في ارادة المنفعة فيحمل المحتمل عليه لان قوله سكنى خرج مخرج التفسير لذلك المحتمل قال رحمه الله ويرجع المعير متى شاء لقوله عليه السلام المنحة مردودة والعارية مؤداة ولان المنافع تحدث شيئا فشيئا ويثبت الملك فيها بحسب حدوثها فالرجوع امتناع عن تمليك ما لم يحدث فله ذلك قال رحمه الله ولو هلكت بلا تعد لا يضمن وقال الشافعي رحمه الله يضمن اذا هلكت في غير حالة الاستعمال لانه قبض مال الغير لنفسه لا عن استحقاق فاشبه الغصب وقال عليه السلام على اليد ما اخذت حتى ترد والمراد ضمانه من ياخذ لنفسه وقال عليه السلام العارية مضمونة وقد استعار رسول الله صلى الله عليه وسلم دروعا من صفوان يوم احد فقال اغصب يا محمد فقال لا بل عارية مضمونة قال فضاع بعضها فعرض عليه النبي صلى الله عليه وسلم فقال انا اليوم في الاسلام ارغب رواه احمد وابو داود والاذن بالقبض ثبت ضرورة الانتفاع فلا ينتظم فيما وراء حالة الاستعمال بخلاف المستاجر لان القبض فيها عن استحقاق ولانه لمنفعة صاحبه وبخلاف الوديعة لان قبضها لمنفعة صاحبها لا لنفسه ولهذا لا يكون عليه مؤنة الرد ولهذا اذا هلكت عنده وضمنه

قوله العين المودعة اذا اقر بها ودفعها الى غيره يضمن عند محمد فقط

قيد الاول احتراز عن الهبة لانها تمليك العين والثاني احتراز عن الاجارة فانها تمليك بعوض وثمرة الخلاف بيننا وبين الكرخي والشافعي تظهر في اعارة المستعير عندهما لا تجوز لانه اباحة وعندنا تجوز لانه تمليك مسكين

واذا نسب الى الطعام يكون هبة متخلص

المستحق قيمتها يرجع على المودع وفي العارية لا يرجع وبخلاف العبد الموصى بخدمته لان قبضه عن استحقاق
فان الوارث يلزمه تسليم العين اليه ولنا قوله عليه السلام ليس على المستعير غير المغل ضمان وهو قول علي وابن مسعود
رضي الله عنهما ولانه قبضه باذن صاحبه لا على وجه الاستيفاء ولا على سبيل المبادلة فلا يضمن كالاجارة
والوديعة وهذا لان ضمان العدوان لا يجب الا على المتعدي ومع الاذن بالقبض لا يوصف بالتعدي فانتفى الضمان
ضرورة انتفاء القبض على وجه التعدي وانتفاء المبادلة لان وجوبه شرعا اما بعقد موجب للضمان او بشبهته
وان كان فاسدا او بالتعدي فالعقد الدال على وجوب الضمان لم يوجد ولا شبهته لانه عقد تبرع والتعدي
لا يتصور مع الاذن الا ترى انه لو اذن له بالاتلاف فاتلفه لا يضمن فهذا اولى لانه دونه وحديث صفوان
كان بغير اذنه لحاجة المسلمين ولهذا قال اغصبا يا محمد وعند الحاجة يرخص تناول مال الغير بغير اذنه
بشرط الضمان كحالة المخمصة ولانه شرط له الضمان والعارية اذا اشترط فيها الضمان تضمن عندنا في رواية
ويحتمل ان يكون المراد بالضمان المذكور في الحديثين ضمان رد العين فيحمل عليه ولان صفوان كان حربيا في ذلك
الوقت ويجوز من الشروط بين الحربي والمسلم ما لا يجوز بين المسلمين وقوله عليه السلام على اليد ما اخذت تقتضي
رد العين وبه نقول لان رد العين واجب في الامانات وانما لا يرجع المستعير بضمان الاستحقاق لان الرجوع
به بسبب الغرور وهو لم يغره احد اذ المعير متبرع كالواهب وليس على المحسنين من سبيل وانما وجب عليه
مؤنة الرد لانه قبضه لنفسه قال رحمه الله ولا يؤجر لان الاجارة لازمة فيلزم المعير زيادة الضرر لانه لو
جازت الاجارة من المستعير لما جاز للمعير ان يرجع عليه حتى يفرغ مدتها فيتضرر فلا يلزم بغير رضاه ولانه
يلزم من جوازها لزوم ما لا يلزم وهو العارية او عدم لزوم ما يلزم وهو الاجارة قال رحمه الله ولا يرهن كالوديعة
لان الرهن ايفاء وليس له ان يوفي دينه بمال غيره بغير اذنه ولان فيه ضررا لان الرهن عقد لازم بعد القبض
من جهة الراهن فصار كالاجارة قال رحمه الله فان اجر فعطب ضمن لانه متعد بالتسليم فصار غاصبا وان شاء ضمن
المستاجر لانه قبض ماله بغير اذنه فصار كالمستاجر من الغاصب فان ضمن المعير لا يرجع على المستاجر لانه ملكه
بالضمان وتبين انه اجر ملك نفسه وان ضمن المستاجر يرجع على المؤجر وهو المعير اذا لم يعلم انه كان عارية
في يده دفعا للضرر عن نفسه وان علم ان العين عارية في يده فليس له ان يرجع لانه لم يغره فصار كالمستاجر
من الغاصب عالما بالغصب قال رحمه الله ويعير ما لا يختلف بالمستعمل اي يعير المستعير العارية اذا كانت مما لا
يختلف باختلاف المستعمل وقال الشافعي رحمه الله ليس له ان يعير لان العارية اباحة المنافع عنده والمباح له
ليس له ان يبيح لغيره وعندنا لما كان تمليك المنافع جاز ان يعير لان المالك يملك ان يملك كالمستاجر يملك
ان يؤجر وكالموصى له بالخدمة يملك ان يعير وهذا اذا صدرت مطلقة وان كانت مقيدة بشيء تقيد به
وهي المسالة التي تلي هذه المسالة على ما يجي تفصيله قال رحمه الله فلو قيدها بوقت او منفعة او بهما لا يتجاوز
عما سماه وان اطلق له ان ينتفع اي نوع شاء في اي وقت شاء لانه يتصرف في ملك الغير فلا يملك الا على الوجه
الذي اذن له فيه من تقييد او اطلاق ثم لا يخلو اما ان تكون مطلقة او تكون مقيدة بالزمان او بالانتفاع
او بهما فان كانت مطلقة كمن استعار دابة للركوب او ثوبا للبس ولم يسم شيئا كان له ان يلبس ويركب بنفسه
وله ان يعير ما لم يلبس هو ولم يركب فاذا البس غيره او اركبه فليس له ان يركب بنفسه بعد ذلك في الصحيح لانه
تعين بالفعل فيكون خلافه تعديا ذكره في الكافي وقال سواء كان المستعار شيئا يتفاوت الناس في الانتفاع
به كاللبس في الثوب والركوب في الدابة فجعلها كالاجارة فعلى هذا ينبغي ان يحمل هذا الاطلاق الذي ذكره
هنا فيما يختلف باختلاف المستعمل كاللبس والركوب والزراعة على ما اذا قال على ان اركب عليها من اشاء
او البس الثوب من اشاء كما حمل الاطلاق الذي ذكر في الاجارة على هذا وان كانت الاعارة مقيدة بالانتفاع
دون الوقت بان شرط ان ينتفع هو بنفسه او غيره معينا لا يجوز له ان يخالف ذلك التقييد فيما يختلف باختلاف

المستعمل كالركوب واخواته وللمستعير ان يفعل في اي وقت شاء وان كان لا يختلف كالسكنى والحمل جاز ان يفعل بنفسه
وبغيره في اي وقت شاء لان التقييد بالانتفاع فيما لا يختلف لا يفيد وان كانت مقيدة بالوقت تقيدت به
حتى لا يجوز له ان ينتفع بها الا في الوقت المعين ومن حيث الانتفاع فهي باقية على اطلاقها فيجوز له مطلقا فيما
يختلف بالمستعمل وفيما لا يختلف على الصفة المتقدمة في المطلق عن الانتفاع والوقت وان كانت مقيدة بهما
تقيدت من حيث الوقت كيف ما كان وكذا من حيث الانتفاع فيما يختلف باختلاف المستعمل وفيما لا يختلف لا تتقيد
لعدم الفائدة على ما بينا في المقيد بالانتفاع ثم كل موضع قلنا تتقيد بالمسمى له ان يخالف الى ما هو خير
منه او الى مثله كما اذا قال له احمل على الدابة هذه الحنطة كان له ان يحمل عليها مثلها او دونه في الضرر
واختلفوا في ايداع المستعير قال بعض المشايخ ليس له ان يودع مطلقا منهم الكرخي واستدلوا عليه بمسالة
ذكرها في الجامع ان المستعير اذا بعث العارية الى صاحبها على يد اجنبي فهلكت في يد الرسول ضمن المستعير
العارية وليس ذلك الا ايداعا منه قال الباقلاني هذا القول اصح لان الايداع تصرف في ملك الغير وهو العين
بغير اذنه قصدا فلا يجوز بخلاف الاعارة لانه تصرف في المنفعة قصدا وتسليم العين من ضروراته فافترقا
واكثرهم على انه يجوز منهم مشايخ العراق وابو الليث والشيخ الامام ابو بكر محمد بن الفضل والصدر الكبير
برهان الائمة لان الايداع دون الاعارة والعين وديعة عند المستعير في العارية فاذا ملك الاعلى فاولى
ان يملك الادنى قال ظهير الدين المرغيناني وعليه الفتوى قال رحمه الله وعارية الثمنين والمكيل والموزون والمعدود
قرض لان الاعارة اذن في الانتفاع به ولا يتاتى الانتفاع بهذه الاشياء الا باستهلاك عينها ولا يملك الاستهلاك
الا اذا ملكها فاقتضت تمليك عينها ضرورة وذلك بالهبة او بالقرض والقرض ادناهما ضررا لكونه يوجب
رد المثل ولان العارية توجب رد العين والقرض يوجب رد المثل وهو يقوم مقام العين ولهذا اصير اليه
في ضمان العدوان فاتفقا هذا اذا لم يبين جهة الانتفاع بها فان بين جهة يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها
بان يستعيرها ليعاير بها ميزانا او مكيالا او ليزين بها دكانه او غير ذلك من الانتفاعات صارت عارية امانة
ليس له ان ينتفع بها الا كذلك فكان نظير عارية الحلي والسيف المحلى قال رحمه الله وان اعار ارضا للبناء او الغرس صح
لان منفعتها معلومة ويجوز الانتفاع بها بناء او غراسا فكذا الاعارة بل اولى لكونه تبرعا قال رحمه الله
وله ان يرجع ويكلفه قلعهما اي قلع البناء والغرس لانه شاغل ارضه بملكه فيؤمر بالتفريغ الا اذا شاء
ان ياخذهما بقيمتهما فيما اذا كانت الارض تستضر بالقلع فحينئذ يضمن له قيمتهما مقلوعين ويكونان له
كيلا يتلف عليه ارضه ويستبد هو بذلك لانه صاحب اصل بخلاف ما اذا كانت الارض لا تستضر بالقلع حيث
لا يجوز الترك الا باتفاقهما بخلاف القلع حيث لا يشترط فيه اتفاقهما في هذه الحالة بل ايهما طلب القلع
اجيب قال رحمه الله ولا يضمن ان لم يوقت اي رب الارض للمستعير ما نقص من البناء والغرس بالقلع ان لم يوقت
للعارية وقتا وقال مالك يلزمه ضمان قيمتهما او يتركان في ارضه لانه صار مغرورا من جهته فيلزمه
الضمان كما اذا وقت للعارية وقتا ورجع قبل الوقت قلنا العارية غير لازمة فيكون له الرجوع في كل وقت
فلم يكن غارا له بالاطلاق وانما هو اغتر بنفسه بخلاف ما اذا كانت موقتة فرجع قبل الوقت لانه يصير
غارا له بذلك حيث نص على تركها في يده الى الوقت المذكور وهذا لان ظاهر حال المسلم ان يفي بالوعد
فيكون مغرورا من جهته فكان له ان يرجع عليه دفعا للضرر عن نفسه بسببه قال رحمه الله وان وقت فرجع
قبله ضمن ما نقص بالقلع وقال زفر رحمه الله لا يضمن لان التوقيت في العارية غير ملزم كاصل عقدها ولهذا
كان له ان يستردها في اي وقت شاء والغرور انما يثبت في ضمن عقد المعاوضة لا في التبرعات ولهذا
لو هلكت العارية عند المستعير فاستحقها مستحق وضمنه قيمتها لا يكون له الرجوع بما ضمن وفي المعاوضات
كالبيع والاجارة له ذلك فصار كما اذا كانت العارية مطلقة ونحن قد فرقنا بينهما ولان كلام العاقل

يحمل على الفايدة ما امكن وجواز العقد يثبت بدون التوقيت فلا بد للتوقيت من الفايدة ولا يكون ذلك
الا بالتزامه القيمة له عند الرجوع قبل التوقيت فصار كانه قال ان رجعت قبل الوقت فانا ضامن لك فيلزمه
بحكم التزامه لا بمجرد العقد ومعنى قوله ضمن ما نقص ان يقوم قايما غير مقلوع لان القلع غير مستحق عليه قبل الوقت
قال رحمه ولو استعارها ليزرعها لم توخذ منه حتى يحصد الزرع استحسانا وقت او لم يوقت لان له نهاية
معلومة فيترك باجر المثل لان فيه مراعاة الحقين كما في الاجارة اذا انقضت المدة والزرع لم يدرك قال رحمه
ومونة الرد على المستعير والمودع والموجر والغاصب والمرتهن لان المنفعة حصلت لهم والاصل ان مونة
الرد تجب على من وقع القبض له اما المستعير فلانه قبضه لمنفعة نفسه والرد واجب عليه ولهذا لو كانت
العارية موقتة فامسكها بعد مضي الوقت ولم يردها حتى هلكت ضمن بخلاف المستاجر فاذا وجب عليه الرد
كانت مونته عليه لان الخراج بالضمان والغرم بالغنم واما المستاجر فلان العين المستاجرة مقبوضة لمنفعة
المالك لان الاجر سلم له ولا يجب على المستاجر ردها وانما يجب عليه التمكين والتخلية فلا يكون عليه مونة
الرد ولا يقال قبضه كان لمنفعة نفسه فوجب ان تكون المونة عليه لانا نقول انما حصل له ما هو عرض يفنى
وما حصل للموجر عين يبقى فكان هو بالوجوب اولى واما الوديعة فلان منفعة القبض حاصلة له لحفظ العين
ومنفعة حفظها عايد اليه فكان مونة ردها عليه واما العين المغصوبة فلان الغاصب يجب عليه نسخ فعله
وذلك بردها واعادتها الى يد مالكها كما كانت لانه هو الذى ازال يده متعديا فعليه ردها براءة ذمته فيكون
عليه مونة ردها دفعا للضرر عن المالك واما الرهن فلان قبضه استيفاء فكان قابضا لنفسه قال رحمه
وان رد المستعير الدابة الى اصطبل مالكها او العبد الى دار المالك برئ بخلاف الغصب والوديعة وهذا
استحسان والقياس ان لا يبرأ لانه لم يردها الى صاحبها وانما ضيعهما تضييعا فصار كالمغصوب والوديعة
وجه الاستحسان انه اتى بالتسليم المتعارف وهو المعول عليه وهذا لان الاصطبل او الدار في يد المالك
ولو ردهما على المالك كان يردهما الى الاصطبل والدار فكان الرد اليهما راجعا الى المالك بخلاف الوديعة لانها
للحفظ ولم يرض بحفظ غيره اذ لو رضي به لما اودعها عنده وبخلاف الغصب لانه صار متعديا باثبات يده
في العين وبازالة يد صاحبها فلا بد من ازالة يده واثبات يد صاحبها فيها وذلك بالتسليم حقيقة وقيل
هذا في عادتهم وفي زماننا لا يبرأ الا بالتسليم الى صاحبها وعن ابن سلمة ان كان المربط خارج الدار لا يبرأ لان
الظاهر ان الدابة تكون هناك بلا حافظ قال رحمه وان رد المستعير الدابة مع عبده او اجيره مشاهرة
او مع عبد رب الدابة او اجيره برئ بخلاف الاجنبي والقياس ان لا يبرأ الا بالتسليم والايصال الى يد صاحبها
ووجهه بيناه ووجه الاستحسان ان كل واحد من المعير والمستعير يحفظ دوابه بسايسه والدفع اليه
كالدفع الى صاحبها عادة وهو لو دفعها الى المالك لدفعها هو الى السايس وحفظه بسايسه كحفظه بنفسه
كما هو في الوديعة فيكتفى بالتسليم منه الى السايس او من السايس الى السايس او من السايس الى المالك بخلاف
الوديعة حيث يضمن بالدفع الى سايس المالك لعدم العرف بالتسليم اليه ولانه انما اودعه لكونه لم يرض بغيره
ولو رضي به لما اودعها عنده بخلاف غلامه لنفسه حيث يكون له ان يدفع الوديعة اليه على ما بينا غير مرة
انه لا بد له منه وهذا في الاشيا التي تكون في يد الغلمان عادة واما اذا لم يكن في ايديهم عادة كعقد لولو
ونحو ذلك ردها المستعير الى يد غلام صاحبها او وضعها في داره او اصطبله يضمن لان العادة لم تجر به في مثله
ولهذا لو دفعه المودع الى غلامه يضمن ثم قيل هذا اذا ردها الى عبده الذي يقوم على الدواب والاصح انه
اليه والى غيره لانه ان لم يكن في يده دايما يدفع اليه في بعض الاوقات فيكون رضى المالك موجودا دلالة
وقوله بخلاف الاجنبي يعني بخلاف ما اذا ردها مع الاجنبي فانه يضمن لانه متعد في يد الاجنبي وهذا يشهد
لمن قال من المشايخ ان المستعير ليس له ان يودع وعلى المختار ان هذه المسئلة محمولة على ما اذا كانت العارية موقتة

فمضت مدتها ثم بعثها مع الاجنبي لانه بامساكها بعد مضي المدة يصير متعديا حتى اذا هلكت في يده ضمن
فكذا اذا تركها مع الاجنبي وهذا لان الوديعة ادنى حالا من العارية فاذا كان مالك الاعارة فيما لا يختلف فاولى
ان يملك الايداع على ما بينا من قبل ولا يختص بشي دون شي لان الكل لا يختلف في حق الايداع وانما يختلف
في حق الانتفاع قال رحمه ويكتب المعار انك اطعمتني ارضك اي اذا استعار ارضا بيضا للزراعة
يكتب المستعير انك اطعمتني ارضك وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا يكتب انك اعرتني لان الاعارة
هي الموضوعة لهذا العقد والكتابة باللفظ الموضوع له اولى كما في اعارة الثوب والدار فانه يكتب فيه
اعرتني ولا يكتب البستني ولا اسكنتني وله ان لفظ الاطعام ادل على المقصود لانه يخص الزراعة
لان الاطعام اذا اضيف الى ما لا يوكل يعرف منه ان المراد به الاستغلال بالتمكين من الزراعة بخلاف لفظ
الاعارة فانها تنتظم الزراعة والبناء والمراح ونصب الخيام بخلاف الدار والثوب لان منفعتهما غير متنوعة
فتحصل المقصود بذكر العارية فلا حاجة الى بيان المنفعة وعلى هذا ينبغي ان يكتب في كل فصل ما هو ادل
على المقصود حتى يكتب في استعارة الارض انك اطعمتني ارض كذا لازرعها ما اشاء من غلة الشتاء او الصيف
لانه ادل على المقصود وابعد من الاختلاف

كتاب الهبة

قال رحمه هي تمليك العين بلا
عوض هذا في الاصطلاح وفي اللغة هي التبرع والتفضل بما ينفع الموهوب له مطلقا قال الله تعالى فهب لي
من لدنك وليا وقال تعالى يهب لمن يشاء اناثا ويهب لمن يشاء الذكور الاية وهي من صفات الكمال لان الله
وصف بها نفسه بقوله عز وجل انك انت الوهاب والبشر اذا باشرها فقد اكتسب من اشرف الصفات لما فيها
من استعمال الكرم وازالة شح النفس وادخال السرور في قلب الموهوب له وايراث المودة والمحبة بينهما
وازالة الضغينة والحسد ولهذا من باشرها كان من المفلحين قال الله تعالى ومن يوق شح نفسه فاولئك
هم المفلحون وهي مشروعة مندوب اليها بالاجماع وشرطها ان يكون الواهب عاقلا بالغا والموهوب له مميزا
والموهوب مقبوضا وركنها الايجاب والقبول وحكمها ثبوت الملك للموهوب له من غير ان يكون لازما
قال رحمه وتصح بايجاب كقوله وهبت ونحلت واطعمتك هذا الطعام وجعلته لك واعمرتك هذا
الشي وحملتك على هذه الدابة ناويا بالحمل الهبة وكسوتك هذا الثوب وداري هبة لك تسكنها لا هبة سكنى او سكنى
هبة وقبول وقبض بلا اذن في المجلس وبعده به في محوز ومشاع لا يقسم لا فيما يقسم اي تصح الهبة بايجاب
كقوله وهبت الى اخره وبقبول وقبض بلا اذن في المجلس وفيما بعد المجلس يملكه بالاذن صريحا لا غير كل ذلك
في محوز مقسوم ومشاع لا يقسم اما الايجاب والقبول فلانه عقد فينعقد بهما كسائر العقود واما القبض فلا بد
منه لثبوت الملك وقال مالك رحمه الله يثبت الملك فيه قبل القبض كالبيع وعلى هذا الخلاف الصدقة ولنا قوله
عليه السلام لا تجوز الهبة الا مقبوضة والمراد نفي الملك وقال ابو بكر الصديق لعايشة في مرضه كنت نحلتك
جداد عشرين وسقا من مال بالعالية وانك لم تكوني قبضتيه ولا حزتيه وانما هو مال الورثة ولو كانت
تملك قبل القبض لكان لها ذلك ولان فيها الزام المتبرع ما لم يتبرع به فلا يجوز بخلاف الوصية لان المتبرع
قد مات والورثة ليسوا بمتبرعين ولو قال وهبتك هذا الشي فقبضه الموهوب له من غير قبول صح وملكه
لوجود القبض وقوله وقبض في المجلس بلا اذنه اي بلا اذن الواهب وهذا استحسان والقياس ان لا
يجوز بلا اذنه لانه تصرف في ملك الغير فلا يجوز الا باذنه وجه الاستحسان ان القبض كالقبول في الهبة
ولهذا لا تملك بدون قبض فيغني عن القبول كما بينا والمقصود من الايجاب اثبات الملك فيكون تسليطا له
على القبض لان اراد تمليكه لا يتصور الا به فيتقيد ذلك بالمجلس كالقبول لانه بمنزلته على ما بينا بخلاف
ما اذا نهاه عن القبض في المجلس لان الصريح يفوق الدلالة فلا يعمل بها بمقابلته شيئا ولهذا صح الاذن بعد المجلس
لكونه صريحا وانما انعقدت بقوله وهبت لانه صريح في الهبة وبقوله نحلت لانه مستعمل فيه قال عليه السلام

اكل او لودك خلت مثل هذا وكذا قال ابو بكر لعايشة رضي الله عنهما كنت نحلتك على ما بينا وبقوله اطعمتك هذا
الطعام لان الاطعام اذا اضيف الى ما يوكل عينه يراد به التمليك بغير عوض وهو الهبة بخلاف ما اذا قال اطعمتك
هذه الارض لان عينها لا يوكل فيكون المراد بها ما يستغل منها فامكن ذلك بالعارية وبقوله جعلته لك
لان اللام التمليك فصار كانه قال ملكتك هذا الثوب الا ترى انه ذلك لو كان بعوض كان تمليكا فكذا بغير عوض
وبقوله اعمرتك لقوله عليه السلام من اعمر عمرى فهو للمعمر له ولورثته من بعده ولان معنى العمرى هو التمليك
الحال واشتراط الاسترداد بعد موت المعمر له فصح التمليك وبطل الشرط لان الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة
وبقوله حملتك على هذه الدابة ناويا به الهبة لان الاركاب تصرف في المنفعة فتكون عارية الا اذا اراد به
الهبة فيصح لانه مستعمل فيه يقال حمل الامير فلانا على الدابة يعنون به التمليك فيصح بنيته لا سيما اذا كان
تشديدا عليه وبقوله كسوتك هذا الثوب لان الكسوة يراد بها التمليك قال الله تعالى او كسوتهم والمراد به التمليك
لان الكفارة لا تتادى بالمنافع وكذا يقال كسى فلان فلانا اذا ملكه لا اذا اعاره وبقوله داري لك هبة تسكنها
لان اللام فيه للتمليك ظاهرا وقوله تسكنها مشورة وتنبيه على المقصود فصار نظير قوله هذا الطعام لك
تاكله او هذا الثوب لك تلبسه بخلاف ما اذا قال داري لك هبة سكنى او سكنى هبة حيث تكون عارية
على ما بينا في العارية وهو المراد بقوله لا هبة سكنى اي لا يكون تمليكا بقوله داري لك هبة سكنى وقوله في محوز
مقسوم ومشاع لا يقسم لو فيما يقسم اي لا تجوز الهبة في محوز مقسوم ومشاع لا يقسم احترز بقوله محوز عن المتصل
كالثمرة على الشجرة وبقوله مقسوم عن المشاع وقال الشافعي رحمه الله تجوز هبة المشاع فيما يقسم وفيما لا يقسم
لانها عقد تمليك والمحل قابل له فاشبهت البيع وكونه تبرعا لا ينافي الملك في الشيوع كالوقف والوصية وتسليمه
ممكن بالتخلية او بتسليم الكل اليه كالمشاع الذي لا يحتمل القسمة ولنا ان الخلفاء الراشدين وغيرهم رضي الله عنهم
شرطوا القسمة لصحة الهبة ولان القبض منصوص عليه في الهبة فيشترط وجوده على اكمل الوجوه كما في
استقبال القبلة لما كان منصوصا عليه يشترط وجوده على الكمال حتى لو استقبل الحطيم لا تجوز صلوته مع انه
من البيت بالسنة ولان القبض ثبت مطلقا والمطلق يتناول الكامل والكامل هو الموجود من كل وجه والقبض
في المشاع موجود من وجه دون وجه لان القبض عبارة عن كون الشيء في حيز القابض والمشاع ليس في حيزه من كل وجه
لانه في حيزه من وجه وفي حيز شريكه من وجه وتمامها لا يحصل الا بالقسمة لان الانصباء بها تتميز وتجتمع
وما لم يجتمع لا يصير محوزا او يكون احرازا ناقصا فلا ينهض لافادة الملك ولان اشتراط اصل القبض في الهبة كان
للتحرز عن وجوب الضمان على المتبرع لاحتمال هلاكه قبل القبض او كيلا يلزمه المطالبة بالتسليم وهذا المعنى هنا
لانه لو صح لوجب عليه اجرة القسمة وللطالبة بالقسمة فيصير عقد التبرع موجبا لضمان القسمة على المتبرع
وللمطالبة بالقسمة وهو خلاف موضوع التبرع قال الله تعالى ما على المحسنين من سبيل بخلاف ما لا يقسم لانه لا تجب
عليه اجرة القسمة فيه ولا يتصور فيه الا القبض الناقص فاكتفى به ولانا لو اعتبرنا كمال القبض فيه لانسد
باب الهبة فيه وفيما ينقسم لا ينسد ولا يقال يستوجب المهاياة فيما لا يقسم وهو ايجاب على المتبرع فوجب ان يمتنع
لانا نقول المهاياة قسمة المنافع والتبرع وقع في العين فيكون ايجابا في غير ما تبرع به فلا يبالي به انما المحظور
الايجاب في عين ما تبرع به والقبض في الوصية ليس بشرط لصحتها وكذا في البيع الصحيح وفي البيع الفاسد
والسلم والصرف غير منصوص عليه وقوله عليه السلام يدا بيد المراد به التعيين غير ان التعيين في النقدين يكون
بالقبض ولان القبض فيه شرط البقاء على الصحة لا شرط الصحة والبقاء اسهل من الابتداء ولان هذه عقود
معاوضة فلا يبالي بوجوب ضمان القسمة او المطالبة والقرض تبرع ابتداء حتى لا يملكه الا من يملك التبرع
معاوضة انتهاء لانه يوجب رد المثل فلكونه تبرعا من وجه شرطنا القبض فيه ولكونه معاوضة من
وجه لم يشترط القسمة عملا بالدليلين او الشبهين ولان القبض فيه غير منصوص عليه فلا يراعى فيه الكمال

وهو القسمة

كالرحى والبيت الحانوت جايز عندنا
مستخلص

من الصحابة بصح

ثم المراد بالمحوز ان يكون مفرغا عن املاك
الواهب وحقوقه وبما لا يقسم اي لا يحتمل
القسمة اي لا يبقى منتفعا به بعد القسمة
اصلا كالعبد الواحد والدابة الواحدة
او لا يبقى منتفعا به بعد القسمة من جنس
الانتفاع الذي كان قبل القسمة كالبير
الصغير والحمام الصغير والثوب
الصغير ونوى بالمقسوم ان يبقى
منتفعا به في الحالين قبل القسمة وبعدها
فان وهب شقصا مشاعا فسدت
الهبة مسكين

ولو وهب جزءا شايعا من شريكه لم يجز ايضا لان القبض الكامل لا يتصور فيه وهو علة لثبوت الملك فيه والحكم
بدون علته لا يوجد ولان العلة يراعى وجودها لا غير فيدور الحكم وهو الفساد على نفس الشيوع قال رحمه الله
فان قسمه وسلمه صح اي لو وهب مشاعا ثم قسمه وسلمه جاز لان تمام الهبة بالقبض وعنده لا شيوع فيه ولو
سلمه شايعا لا يملكه حتى لا ينفذ تصرفه فيه ويكون مضمونا عليه وينفذ فيه تصرف الواهب ذكره الطحاوي
وقاضيخان وروى عن ابن رستم مثله وذكر عصام انها تفيد الملك وبه اخذ بعض المشايخ قال رحمه الله وان وهب
دقيقا في بر او دهنا في سمسم او سمنا في لبن لم يجز وان طحن وسلم اي لو وهب الدقيق في الحنطة لا تجوز الهبة ولو طحنه وسلم الدقيق لا تعود
صحيحة قال رحمه الله وكذا الدهن في السمسم والسمن في اللبن لان الموهوب معدوم ولهذا لو استخرجه الغاصب
ملكه والمعدوم ليس بمحل للملك فلا يمكن تمليكه بالعقد فوقع باطلا فلا يملك الا بعقد جديد وهذا
لان الحنطة استحالت وصارت دقيقا وكذا غيرها وبعد الاستحالة هو عين اخر على ما عرف في الغصب بخلاف
المشاع لانه محل للملك الا انه لا يمكن تسليمه فاذا زال المانع جاز وانما جازت الوصية لان الوصية بالمعدوم
جائزة واللبن في الضرع والصوف على ظهر الغنم والزرع والنخل في الارض والثمر في النخل بمنزلة المشاع
لانها موجودة وامتناع الجواز للاتصال وذلك يعود الى امتناع القبض كالشايع فاذا فصلها وسلم جاز
لزوال المانع كما في هبة الدين بخلاف ما لو وهب الحمل وسلمه بعد الولادة حيث لا يجوز لان في وجوده
احتمالا فصار كالمعدوم والدار التي فيها المتاع والجوالق الذي فيه الدقيق كالمشاع لان الموهوب مشغول
بمتاع الواهب حتى لو نزع وسلم صح ويعتبر الاذن بالقبض بعد الفراغ ولا يعتد بالاذن قبله كما لا يعتد بالتسليم
قبله ولو وهب المتاع الذي في الدار او الدقيق وسلمها معه والدقيق في الجوالق وسلم الدقيق مع الجوالق
جاز لان الموهوب ليس بمشغول وانما هو شاغل لملك الواهب وذلك لا يوجب يد الواهب على الموهوب
غاية ما فيه ان يد الواهب قائمة في الظرف وهو انه للحفظ فيكون تبعا فثبوت اليد في التبع لا يوجب قيامه
في الاصل ونظيره ما لو وهب الجارية وعليها حلي صح وبالعكس لا يصح الا اذا نزعه وسلمه لانه مشغول لان
الجارية هي المستعملة له فكان تبعا كالجوالق قال رحمه الله وملك بلا قبض جديد لو في يد الموهوب له يعني
لو كانت العين الموهوبة في يد الموهوب له ملكها الموهوب له بمجرد العقد وان لم يتجدد فيها قبض لان القبض
ثابت فيها وهو الشرط سواء كانت في يده امانة او مضمونة لان قبض الامانة ينوب عن مثله لا عن المضمون
والمضمون ينوب عنهما والاصل فيه انه متى تجانس القبضان ناب احدهما عن الاخر لتحادهما جنسا واذا اختلفا
ناب الاقوى عن الاضعف دون العكس لان في الاقوى مثل الادنى وزيادة وليس في الادنى ما في الاقوى
فلا ينوب عنه وهذا اذا كان الموهوب في يده مضمونا كالمغصوب والمرهون والمقبوض على سوم الشراء لا
اشكال فيه لان المقبوض في يده حقيقة وحكما فيبرا عن الضمان بمجرد قبول الهبة وكذا اذا كان في يده عارية او اجارة
لانه قبضها لنفسه ويده ثابتة فيه واما اذا كانت في يده بطريق الوديعة فمشكل لان يده يد المالك
لانه نائب عنه في الحفظ وقبضه لاجل المالك فكيف ينوب هذا القبض عن قبض الهبة فلا ينبغي ان يكون هذا
كما اذا وهبه وهو في يد الواهب لكن المودع يد حقيقة فباعتبارها نزل قابضا الا انا اقمنا يده مقام يد
المالك حكما ما دام عاملا له وبعد الهبة ليس بعامل له فتعتبر الحقيقة قال رحمه الله وهبة الاب لطفله تتم بالعقد
لانه في قبض الاب فينوب عن قبض الصغير لانه وليه فيشترط قبضه ولا فرق في ذلك بين ما اذا كان في يده
او في يد مودعه لان يد المودع كيد المالك بخلاف ما اذا كان في يد الغاصب او في يد المرتهن او في يد المستاجر
حيث لا تجوز الهبة لعدم قبضه لان كل واحد منهم قابض لنفسه وعامل لنفسه ولو وهب من ابنه الصغير
دارا والاب ساكنها ومتاعه فيها جازت الهبة وملكها الابن بمجرد قوله وهبتها له لانها في يده وسكناه
ومتاعه فيها لا ينافي يده بل يقررها فتكون هي في قبضه وهو الشرط ولو كانت يسكنها غيره باجر لا يجوز لما ذكرنا

هذا جواب عن ان يقال اذا باع العين ثم هي
في قبضه لا يصح هذا القبض عن قبض المبيع
فكيف هذا قلنا ان القبض في البيع مضمون
فلا ينوب عنه قبض الامانة واما قبض الهبة
فغير مضمون فينوب عنه قبض الامانة
وفي هذا اشارة الى ان قبض الغاصب
ينوب عن قبض البيع لانه قبض مضمون
والحاصل ان القبض الخ مستخلص

وان كان بغير اجر جازت الهبة وملكها الابن بمجرد العقد ذكره محمد في المنتقى وكذا لو وهبته امه وهو في يدها
والاب ميت وليس له وصي وكذا كل من يعوله لان التصرف نفع محض ولمن في يده ضرب ولاية حتى كان له تاديبه
وتسليمه في صناعة فيملك التصرف النافع لينفرد بتمليكه ويملكه الصغير بمجرد الهبة اذا كان في يد الواهب كما
في الاب والصدقة في هذا كله كالهبة قال رحمه الله وان وهب له اجنبي تم بقبض وليه لان الولي ولاية التصرف
في ماله وقبض الهبة من التصرف في المال ولا يشترط ان يكون الصبي في حجره لثبوت ولايته عليه مطلقا لان المراد
بالولي هو الاب ووصيه والجد ووصيه بخلاف غيرهم من الاقارب والاجانب حيث لا يكون لهم ولاية القبض
الا اذا كان في حجره وليس له اب على ما نبين قال رحمه الله وامه واجنبي لو في حجرهما اي تم بقبض امه وبقبض اجنبي
اذا كان في حجرهما لما ذكرنا ان لمن هو في يده ولاية التصرف النافع له وتحصيل المال من انفع المنافع فكان لهم ذلك
لثبوت يدهم عليه حتى لا يكون لغيرهم ان ينزعه من ايديهم فكانوا احق بالحفظ وتحصيل المال له من ضرورات
حفظه لانه لا يبقى عادة الا بقوت او ملبوس فقاموا في هذا مقام الولي عند عدم الولي لكونه نفعا محضا
قال رحمه الله وبقبضه ان عقل اي تم بقبض الصبي نفسه ان كان مميزا يعقل التحصيل لانه في التصرف النافع
الذي لا يحتمل غيره ملحق بالبالغ العاقل استحسانا والقياس ان لا يجوز لانه لا معتبر بعقله قبل البلوغ ولهذا
يجوز قبض غيره له حتى الاجنبي اذا كان في عياله ولو اعتبر بعقله وجعل له ولاية التصرف لما نفذ عليه تصرف
غيره ولا كان له حاجة اليه وجه الاستحسان انه انما لا يعتبر عقله لدفع الضرر عنه لان الظاهر انه لا يتم به
نظره في عواقب اموره لعدم اعتدال عقله فاذا كان التصرف نافعا محضا تعين النظر في نفوذه فينفذ نظرا
له لان الرد في الضار لاجله والتوقف في المتردد بين النفع والضرر لاجله حتى يجيزه الولي ان راى فيه
مصلحة فكان اوجب ان ينفذ تصرفه النافع نظرا وجاز تصرف الولي او الاجنبي عليه في هذه الحالة نظرا له ايضا
حتى ينفتح له سبب تحصيل المنافع بطريقين وليس من الحكمة ان تثبت عليه الولاية لغيره نظرا له ثم يرد منه
مثل هذا النفع المحض ولا من الشفقة مع انه من اهله بالتمييز والاختيار قال رحمه الله ويجوز قبض زوج الصغيرة ما
وهب لها بعد الزفاف لان الاب اقامه مقام نفسه في حفظها وقبض الهبة منه ولو قبضه الاب ايضا صح لان الولاية
له وانما ملكه الزوج من جهته بتمليكه ولهذا ملكه والاب حاضر بخلاف الام والاجنبي حيث لا يملكانه الا بعد
موته او غيبته غيبة منقطعة في الصحيح لان تصرفهما كان للضرورة لا بتفويض الاب فلا ضرورة مع حضوره
وتملكه هي ايضا ان كانت مميزة لما بينا واشتراط الزفاف لثبوت ولاية الزوج لانه انما يملكه باعتبار انه
يعولها وذلك بعد الزفاف ولا يشترط ان تكون ممن يجامع مثلها في الصحيح قال رحمه الله ولو وهب اثنان دارا
لواحد صح لانهما سلماها له جملة وهو قبضها منهما كذلك فلا شيوع قال رحمه الله لا عكسه اي لا يجوز عكسه
وهو ان يهب واحد من اثنين وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يجوز ذلك لان هذه هبة الجملة منهما اذ التمليك
واحد فلا يتحقق فيه الشيوع فصار كما اذا رهن من رجلين بل اولى لان تاثير الشيوع في الرهن اقوى منه في الهبة
حتى امتنع رهن المشاع فيما لا ينقسم ايضا بخلاف الهبة ولان الشيوع لم يوجد الا من احد الطرفين فلا يفسد اذ
ليس فيه الزام المتبرع مؤنة القسمة فصارت كالمسئلة الاولى وله انه هبة النصف من كل واحد منهما ولهذا
لو كانت فيما لا ينقسم فقبل احدهما جاز ولولا انه تمليك لكل واحد منهما على حدة لما جاز فينصرف قبض كل واحد
منهما الى نصيبه فقط وهو شائع فيكون القبض ناقصا على ما ذكرنا في هبة نصيبه لشريكه او مقدوما اذ قبض
الشائع لا يتصور فلا يجوز ولا يعتبر جانب التسليم لان القبض الناقص هو المانع على ما بينا دون التسليم بخلاف
الرهن لان حكمه الحبس الدائم وقد ثبت لكل واحد منهما كملا فلا شيوع فيه الا ترى انه لو قضى دين احدهما
بقي كله في يد الاخر ولا كذلك الهبة لانه لم يحصل له الملك الا في النصف فكان شائعا ضرورة وقولهما ليس
فيه الزام المتبرع مؤنة القسمة قلنا نقصان القبض ايضا مانع فلا تكون العلة منحصرة به فلا يدل

عليهما

اذا وهب رجلين لرجلين لا يجوز

اي لا يلزم الامام جواز اجارة الدار من رجلين مع عدم تجويزه اجارة المشاع لان اجارة المشاع المانع منها عدم التمكن من الانتفاع لانه لو انتفع بها لا ينتفع بالمهاياة والمهاياة منافية لمقصود المستاجر فلا تجوز اجارة المشاع بخلاف اجارتها من رجلين لانه يمكن ان ينتفعا بها بعقد الاجارة تليتا ملا ... محمد ابو الطيب

عليهما على عدم الحكم على ما عرف في موضعه الا ترى ان رجلين لو وهبا لرجلين على ان نصيب احدهما
لاحدهما بعينه ونصيب الاخر للاخر لا يجوز بالاجماع وليس على الواهبين مؤنة القسمة ولا يلزمه جواز اجارة
الدار من رجلين لان المانع فيها عدم التمكن من الانتفاع بالرد الى صاحبها في مدة الاجارة بحكم المهاياة ولم
يوجد هذا المعنى اذا اجرها من رجلين الا ترى انه يجوز ان يوجرها من شريكه لعدم هذا المعنى ولا تجوز الهبة
من شريكه لما ذكرنا قال رحمه الله وصح تصدق عشرة وهبتها لفقيرين لا لغنيين اي لو تصدق بعشرة دراهم
على فقيرين او وهبها لهما جاز ولا يجوز ان يتصدق بها على غنيين ولا هبتها لهما وهذا رواية الجامع الصغير
جعل كل واحد منهما مجازا عن الاخر حيث جعل الهبة للفقيرين صدقة والصدقة على الغنيين هبة وفرق
بين الهبة والصدقة في الحكم حتى اجاز الصدقة على اثنين ولم يجز الهبة والاتصال بينهما ان كل واحد منهما
تمليك بلا عوض فجازت الاستعارة والفرق ان الصدقة يبتغى بها وجه الله تعالى وهو واحد والفقير نائب
عنه ولا كذلك الهبة فيكون تمليكا بين اثنين ولهذا لو اوصى بثلث ماله للفقراء صح وان كانوا مجهولين
لانها وقعت لله تعالى وهو معلوم ولو اوصى به لاغنياء غير معينين لا يجوز وفي الاصل سوى بينهما فقال
عقيب ذكر الهبة وكذلك الصدقة لان كل واحد منهما يتوقف على القبض والشيوع يمنع القبض فوجب ان يمنع
في البابين اذ لا فرق بينهما فكان في المسئلة روايتان وقال الحاكم يحتمل ان يكون مراده من قوله وكذلك الصدقة
على الغنيين فيكون مجازا عن الهبة على ما بينا فعلى هذا ليس في المسئلة اختلاف وقال في النهاية والظاهر
ان في المسئلة روايتين وهذا كله على قول ابي حنيفة رحمه الله واما عندهما فالهبة من شخصين جائزة على ما
بينا فالصدقة اولى فلا يتاتى الفرق بينهما وقد ذكرنا الوجه من الجانبين فلا نعيده ولو وهب رجل لرجلين
دارا لاحدهما ثلثاها وللاخر الثلث لم يجز عند ابي حنيفة وابي يوسف وان قبضه وقال محمد يجوز اذا قبضه
فابو حنيفة ومحمد مر كل واحد منهما على اصله لان هذه هبة من رجلين فلا فرق بين ان ينص على نصيب كل واحد
منهما او لم ينص وابو يوسف فرق بينهما فقال النص على البعض الشائع يدل على ان قصده ثبوت الملك في البعض
الشائع فلا يجوز الا ترى انه لو رهن عبدا عند اثنين ونص لكل واحد منهما على البعض لا يجوز الرهن فكذا
الهبة ولو قال لاحدهما نصفه وللاخر نصفه فكذلك عندهما لما بينا وعن ابي يوسف روايتان في رواية لا يجوز
لما ذكرنا وفي رواية يجوز لانه نص على ما يقتضيه مطلق العقد لان مطلقه يقتضي التنصيف فامكن تصحيحه
بان يجعل مجازا عن الموجب فيجعل مجازا عن موجب العقد فلا يفسد بخلاف ما اذا نص على التفاوت لان مطلق
العقد لا يقتضيه فلا يمكن جعله مجازا عن موجبه فيقتضي شيوعا في العقد ضرورة وقيل انما يجوز ابو يوسف
رحمه الله فيما اذا اجمل الهبة لهما او لا ثم فصل على التنصيف بان قال وهبت لكما هذه الدار نصفها لهذا
ونصفها لهذا لان التفصيل لا يخالف موجب الاجمال فيكون لغوا واما اذا فصل ابتداء من غير اجمال بان
قال وهبت نصف هذه الدار لهذا والنصف الاخر لهذا لا يجوز لانه هبة المشاع وفيما اذا جعل نصيبهما
متفاوتا لا يجوز مطلقا لان تفصيله يكون مغيرا ان تقدم الاجمال فيعتبر فيكون مبطلا للهبة وان لم يتقدمه
اجمال يكون هبة المشاع ابتداء فيبطل وهذا التفصيل هو الارجح والاظهر عن ابي يوسف

باب الرجوع في الهبة

قال رحمه الله صح الرجوع فيها يعني اذا وهب لشخص هبة وقبضها وليس فيها ما يمنع الرجوع من زيادة
وموت احدهما او عوض وخروج من الملك وزوجية وقرابة محرمة النكاح وهلاك الموهوب جاز الرجوع
في الهبة وقال الشافعي لا يصح الرجوع فيها الا في الوالد لقوله عليه السلام لا يرجع الواهب في هبته الا الوالد
فيما يهب لولده ولانه عقد تمليك فوجب ان يلزم كالبيع ولان الرجوع يضاد مقتضى العقد والعقد
لا يقتضي ضده وانما يثبت جواز الرجوع في الولد لان اخراجه عن ملكه لم يتم لان الولد كسبه او بعضه
ولنا قوله عليه السلام الواهب احق بهبته ما لم يثب منها اي لم يعوض والمراد به بعد التسليم لانها لا تكون

هبة حقيقة قبله واضافتها اليه باعتبار ما كان كما يقال كلنا نحن فلان وان كان الاكل قد اشتراه ولان
المقصود من الهبة العوض ولهذا يقال الايادي قروض وتايد ذلك بالشرع قال عليه السلام تهادوا وتحابوا
والتفاعل يقتضي الفعل من الجانبين فكان له الرجوع اذا لم يحصل مقصوده كالمشتري اذا وجد بالمبيع عيبا يرجع
بالثمن لفوات مقصوده وهو صفة السلامة في المبيع والمراد بما روي عدم الانفراد بالرجوع الا الوالد فانه
ينفرد به فيكون له اخذه من غير رضى ولا قضاء عند الحاجة اليه كما في ساير امواله على ما قال عليه السلام
انت ومالك لابيك وان اطيب ما اكلتم من كسبكم وان اولادكم من كسبكم فكلوه هنيئا رواه احمد
وابو داود على ان الاشبه ان الحديث الذي رواه ينافي الرجوع لانه خبر عن قبحه فمعناه انه لا يليق ان يرجع
الا الوالد فيما يهب لولده ونظيره قوله عليه السلام المؤمن لا يكذب وقوله عليه السلام الزاني لا يزني وهو مؤمن
اي لا يليق له ان يكذب او يزني وهو مؤمن لانه ينافي صفة الايمان ان فعله بل هو قبيح ومع الايمان اقبح فكذا
هذا قبيح كما قال عليه السلام العائد في هبته كالعائد في قيئه وقال عليه السلام العائد في هبته كالكلب يقيء ثم
يعود وفعل الكلب لا يوصف بالحرمة وانما يوصف بالقبح قال رحمه الله ويمنع الرجوع دمع خزقه يعني
الموانع للرجوع في الهبة اشيا يجمعها هذه الحروف على ما نبينها اخذها هو من بيت شعر قيل فيه وهو قوله
ومانع الرجوع في الهبة يا صاحبي حروف دمع خزقه قال رحمه الله فالدال الزيادة المتصلة كالغرس والبنا
والسمن لان الرجوع لا يصح الا في الموهوب والزيادة ليست بموهوبة فلا رجوع فيها والفصل متعذر ليرجع
في الاصل دون الزيادة فامتنع اصلا وبطل حق الواهب لان له حق التملك في الاصل دون الزيادة وحق الموهوب
له حقيقة الملك فيها فكان مراعاته اولى عند تعذر الفصل ولا يمكن ايجاب الضمان عليه ايضا لان حق التملك
لا يجوز اخذ العوض عنه فبطل اصلا واطلق البنا والغرس ومراده اذا كان يوجب زيادة في الارض وان كان
لا يوجب لا ينقطع الرجوع وان كان يوجب في قطعة منها بان كانت الارض كبيرة بحيث لا يعد مثله زيادة فيها
كلها امتنع من تلك القطعة دون غيرها وقوله المتصلة يحترز من المنفصلة كالولد والارش والعقر فانه يرجع
في الاصل دون الزيادة لامكان الفصل بخلاف الرد بالعيب حيث يمتنع بزيادة الولد لانه عقد معاوضة فلو
رد الاصل دون الزيادة يودي الى الربوا لسلامة الولد له مجانا ولو رد الولد معها لا يمكن لان العقد لم يرد
عليه فبطل اصلا ورجع بالنقصان وذكر في المنتقى لا يرجع في الجارية الموهوبة ان ولدت حتى يستغني ولدها
فلو حبلت ولم تلد فللواهب الرجوع فيها لانه نقصان والمراد بالزيادة المتصلة هو الزيادة في نفس الموهوب
بشيء يوجب زيادة في القيمة كما في المذكور في المختصر وكالجمال والخياطة والصبغ ونحو ذلك وان زاد
من حيث السعر فله الرجوع لانه لا زيادة في العين فلا يتضمن الرجوع ابطال حق الموهوب له وهو المانع وكذا
اذا زاد في نفسه من غير ان يزيد في القيمة كما اذا طال الغلام الموهوب لانه نقصان في الحقيقة فلا يمنع
الرجوع ولو نقله من مكان الى مكان حتى ازدادت قيمته واحتاج فيه الى مونة النقل ذكر في المنتقى ان عند
ابي حنيفة ومحمد ينقطع الرجوع وعند ابي يوسف لا ينقطع لان الزيادة لم تحصل في العين فصار كزيادة السعر
ولهما ان الرجوع يتضمن ابطال حق الموهوب له في الكرا ومونة النقل فبطل بخلاف نفقة العبد لانه بدل
وهو المنفعة والمونة بلا بدل ولو وهب عبدا كافرا فاسلم في يد الموهوب له او عبدا حلال الدم فعفي ولي
الجناية وهو في يد الموهوب له لا يرجع ولو كانت الجناية خطاء ففداه الموهوب له لا يمنع الرجوع ولا
يسترد منه الفدا ولو علم الموهوب له العبد الموهوب القران او الكتابة او الصنعة لم يمتنع الرجوع لان
هذه ليست بزيادة في العين فاشبهت الزيادة في السعر وفيه خلاف زفر رحمه الله ويروى الخلاف بالعكس ولو وهب
وصيفا صغيرا فشب عند الموهوب له وشاخ حتى صارت قيمته اقل من قيمته وقت الهبة ليس له ان يرجع
فيه لانه حين شب وازدادت قيمته سقط الرجوع فلا يعود بعد ذلك بالنقصان ولو اختلفا في الزيادة

كان القول للواهب لانه ينكر لزوم العقد قال رحمه الله والميم موت احد المتعاقدين لان بموت الموهوب له
ينتقل الملك الى الورثة وهم لم يستفيدوه من جهة الواهب فلا يرجع عليهم كما اذا انتقل اليهم في حال
حياته ولان تبدل الملك كتبدل العين فصار كعين اخرى فلا يكون له فيها سبيل وبموت الواهب يبطل
خياره لانه وصف له وهو لا يورث كخيار الروية والشرط على ما بيناه في البيوع او هو مجرد حق وهو ايضا
لا يورث بخلاف خيار العيب وخيار التعيين على ما عرف في موضعه ولان الشارع اوجبه للواهب والوارث
ليس بواهب قال رحمه الله والعين العوض بان قال خذه عوض هبتك او بدلها او مقابلتها فقبضه الواهب
سقط الرجوع لما روينا ولان ثبوت الرجوع في الهبة لخلل في مقصوده وقد زال الخلل فصار كما اذا وجد
المشتري عيبا في المبيع ثم زال ولا بد من ذكر الموهوب له ان المدفوع عوض عن الهبة بان يقول خذ هذا
بدلا او عوضا او مقابلتها او جزاءها او ثوابها ونحو ذلك مما ينبئ انه عوض عنها لان حق الرجوع ثابت له
ولا يسقط الا بعوض يرضى به هو ولا يتم ذلك بدون رضاه ولا يشترط في العوض ان يساوي الهبة من القيمة
ولا اكثر لانه ليس بعوض حقيقة وانما هو تمليك مبتدا ولهذا يجوز باقل من الموهوب من جنسه من المقدرات
وشرط العوض ان لا يكون بعض الموهوب حتى لو عوضه بعض الموهوب عن البعض الباقي لم يجز لان حقه كان
ثابتا في الكل فاذا وصل اليه بعضه لا يسقط حقه في الباقي وفيه خلاف زفر رحمه الله هو يقول ان الموهوب له
ملك بالقبض فالتحق بسائر املاكه وجوابه ما قلنا ولو وهب للواهب شيئا ولم يذكر انه عوض عنها كان هبة
مبتداه فلكل واحد منهما ان يرجع في هبته قال رحمه الله وصح من اجنبي اي يجوز العوض من الاجنبي لان الواهب
له لا يحصل له بهذا العوض شيء لم يكن سالما له من قبل فيصح من الاجنبي كما يصح منه الخلع والصلح عن دم العمد
بخلاف ما اذا كان فيه دخول ملك حيث لا يجوز من الاجنبي على ما بيناه في الصلح ثم الاجنبي هنا لا يرجع على
الموهوب له وان كان بامره لانه لم يود عنه شيئا واجبا لان العوض ليس بواجب على الموهوب له بخلاف قضاء
الدين حيث يرجع الاجنبي على المدين اذا قضى بامره لان الدين ثابت في ذمته وقد امره ان يسقط مطالبته
عنه فيكون امرا بان يملكه ما كان للطالب وهو الدين فصار كما لو امره ان يملكه عينا قال رحمه الله وان استحق نصف الهبة
رجع بنصف العوض لانه لم يدفع اليه الا ليسلم له الموهوب كله فاذا فات بعضه رجع عليه بقدره كغيره
من المعاوضات قال رحمه الله وبعكسه لا حتى يرد ما بقي اي اذا استحق بعكسه وهو ما اذا استحق العوض لا يرجع
بشيء حتى يرد ما بقي من العوض وقال زفر رحمه الله يرجع بنصف الهبة لان كل واحد منهما عوض عن الاخر فكما يرجع
الموهوب له بنصف العوض عند استحقاق نصف الهبة يرجع الواهب ايضا بنصف الهبة عند استحقاق نصف
العوض لان حكم المعاوضة هو يقتضي المساواة ولنا ان العوض ليس ببدل عنه حقيقة بدليل انه يجوز ان
يعوضه اقل من جنسه في المقدرات ولو كان معاوضة لما جاز للربوا وتحقيقه ان الموهوب له ملك الهبة
والانسان لا يعطي بدل ملكه لغيره وانما اعطاه ليسقط حقه في الرجوع وما بقي يصلح لاسقاط الرجوع ولهذا
لو عوضه هذا القدر من الابتدا سقط به حقه في الرجوع الا انه لم يرض بسقوط حقه الا بسلامة كل العوض له
فاذا لم يسلم له كله كان له الخيار ان شاء رضي بما بقي من العوض وان شاء رد الباقي عليه ورجع في الهبة كانه اعطاه
هذا القدر في هذه الحالة ولان العوض شبهين شبه ابتداء الهبة من حيث ان الموهوب له متبرع فيه باختياره
وشبه المبادلة من حيث انه ملكه بمقابلة الهبة فوفرنا عليه حظه منهما فجعلناه كالمعاوضة عند استحقاق
كله حتى يرجع بالهبة او ببعضه حتى يثبت له الخيار وجعلناه كالهبة حتى لا يرجع بالبعض من غير رد الباقي
عند استحقاق بعضه قال رحمه الله ولو عوض النصف رجع بما لم يعوض يعني اذا عوضه عن نصف الموهوب كان
له ان يرجع في النصف الاخر لان حقه في الرجوع كان في الكل فاذا عوضه عن بعضه امتنع الرجوع في حقه
وبقي حقه في الباقي على ما كان قال رحمه الله والخاء خروج الهبة عن ملك الموهوب له لان الاخراج عن ملكه

وتمليكه لغيره حصل بتسليط الواهب فلا يمكن من نقض ما تم من جهته ولأن تبدل الملك كتبدل العين فصار كعين أخرى فلا يرجع فيها ولو وهب لمكاتب غيره هبة ثم عجز المكاتب لم يرجع الواهب فيها عند محمد رحمه الله لأن هذه هبة للمكاتب حقيقة ولهذا كان القبول إليه وثبت له الملك فيها فيتصرف تصرف الملاك وبالعجز انتقلت إلى مولاه فصار كانتقالها إلى أجنبي فبطل حق الرجوع وعند أبي يوسف له أن يرجع فيها لأن الهبة وقعت للمكاتب من وجه ولمولاه من وجه فبالعتق تصير ملكا له من كل وجه وبالعجز تصير ملكا لمولاه من كل وجه ثم إذا عتق كان له أن يرجع فيها فكذا إذا عجز وكان اعتبار هذا الجانب أولى في المسألتين من اعتبار الجانب الآخر كيلا يلزم بالشك قال رحمه الله وبيع نصفها يرجع في النصف كعدم بيع شيء يعني إذا بيع نصف الهبة يرجع في النصف الباقي كما لو لم يبع منها شيء فإنه إذا لم يبع منها شيء كان له أن يرجع في النصف بترك النصف لأن له حق الرجوع في الكل فله أن يستوفيه إن شاء وإن شاء استوفى نصفه وكان له أن يترك الكل إن شاء وإن شاء ترك النصف فكذا إذا بيع نصفها له أن يأخذ نصفها الباقي لأن المانع لم يوجد إلا في النصف فيتقدر الامتناع بقدره بل أولى لأنه لما جاز الرجوع في النصف مع إمكان الرجوع في الكل فلأن يجوز عند العجز أولى قال رحمه الله والزاي الزوجية فلو وهب ثم نكح رجع وبالعكس لا أي لو وهب لأجنبية ثم تزوجها يجوز له الرجوع في الهبة وبالعكس وهو ما إذا وهب لزوجته ثم أبانها ليس له الرجوع في الهبة والأصل فيه أن الزوجية نظير القرابة حتى يجري التوارث بينهما بلا حاجب وترد شهادة كل واحد منهما للآخر فيكون المقصود في هبة كل واحد منهما للآخر الصلة والتوادد دون العوض كما في القرابة المحرمية وقد حصل فلا يرجع بعد حصول المقصود بخلاف الهبة للأجنبي لأن المقصود فيها العوض على ما بينا فكان له الرجوع عند فواته ثم المعتبر في ذلك حالة الهبة فإذا كانت أجنبية فيها كان مقصوده العوض فيثبت له الرجوع فيها فلا يسقط بالتزوج وإن كانت حليلة له كان مقصوده الصلة دون العوض وقد حصل فسقط الرجوع فلا يعود بالإبانة قال رحمه الله والقاف القرابة فلو وهب لذي رحم محرم منه لا يرجع فيها لقوله عليه السلام إذا كانت الهبة لذي رحم محرم لم يرجع فيها ولأن المقصود منها صلة الرحم وقد حصل وفي الرجوع قطيعة الرحم فلا يرجع فيها سواء كان مسلما أو كافرا كالعتق بالملك ولو وهب لعبد أخيه أو لأخيه وهو عبد لأجنبي رجع فيها عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يرجع في الأولى وفي الثانية يرجع لأن الملك يقع للمولى فكان المعتبر هو المولى وله أن الهبة تقع للمولى من وجه وهو ملك الرقبة وللعبد من وجه وهو ملك اليد ألا ترى أنه أحق به ما لم يفضل عن حاجته فباعتبار أحد الجانبين يلزم فيهما وباعتبار الآخر لا يلزم فيهما فلا يلزم بالشك ولأن الصلة قاصرة في حق كل واحد منهما لما ذكرنا من المعنى والصلة الكاملة هي المانعة من الرجوع فلا يتعدى إلى القاصرة ولو كانا جميعا ذا رحم محرم من الواهب ذكر الكرخي رحمه الله عن محمد رحمه الله أن قياس قول أبي حنيفة أن يرجع لأنه لم يكن لواحد منهما صلة كاملة وقال الهندواني ليس له أن يرجع في قولهم جميعا لأن الهبة لأيهما وقعت يمنع الرجوع ولو وهب للمكاتب وهو ذو رحم منه فإن عتق لا يرجع لأن الملك استقر له فيكون صلة في حقه من كل وجه باعتبار العقد وحكمه وإن عجز فعند محمد لا يرجع لأن الكسب كان للمكاتب ثم انتقل إلى المولى عند العجز لما بينا في المكاتب الأجنبي وانتقال الملك يمنع الرجوع وعند أبي يوسف يرجع لأنه ... بالعجز يظهر أن حقيقة الملك وقعت للمولى من وقت الهبة ولو كان المكاتب أجنبيا ومولاه قريب الواهب فإن عتق المكاتب رجع لأن الملك وقع للأجنبي وإن عجز فكذا الجواب عند أبي حنيفة رحمه الله بناء على اختلافهم فيمن وهب لعبد أخيه على ما مر قال رحمه الله والهاء الهلاك يعني هلاك العين الموهوبة فإنه مانع من الرجوع لتعذره بعد الهلاك إذ هو غير مضمون عليه قال رحمه الله فلو ادعاه صدق أي لو ادعى الموهوب له هلاك الهبة يصدق لأنه منكر لوجوب الرد عليه فأشبه المودع قال رحمه الله وإنما يصح الرجوع بتراضيهما أو بحكم الحاكم لأن ملك الموهوب له ثابت في العين فلا يخرج عن ملكه إلا بالرضى أو بالقضاء

ولأنه مختلف فيه بين العلماء في أصله وهنا وفي عدم حصول مقصوده ووجوده خفاء لأنه يحتمل أن يكون غرضه العوض الدنيوي فيثبت له حق الرجوع ويحتمل أن يكون غرضه الثواب في الآخرة أو إظهار الجود والسماحة فلا يكون له الرجوع على هذا التقدير فلا بد من الفصل بالقضاء أو الرضى فما لم يقض القاضي أو يفسخاها بالتراضي ملك الموهوب له ثابت في العين حتى ينفذ تصرفه فيه من عتق وبيع وغير ذلك ولو بعد المرافعة إلى الحاكم وكذا لو منعه وهلك في يده لا يضمن لقيام ملكه فيه وكذا لو هلك بعد القضاء قبل المنع لأن أول القبض كان غير مضمون عليه فلا ينقلب مضمونا بالاستمرار عليه وإن منعه بعد القضاء ضمن لوجود التعدي منه ثم إذا حصل الرجوع بالقضاء أو بالرضى يكون فسخا من الأصل وقال زفر رحمه الله الرجوع بالتراضي عقد جديد فيجعل بمنزلة الهبة المبتداة لأن الملك عاد إليه بتراضيهما فأشبه الرد بالعيب ولهذا لو رده في مرض موته برضاه يعتبر من الثلث ولنا أن عقد الهبة انعقد موجبا حق الفسخ للواهب فهو بالفسخ يكون مستوفيا حقا ثابتا له بالعقد لأن العقد وقع غير لازم فإذا رفع رجع إليه عين ملكه كالعارية فيكون فسخا في حق الكل فلا يمكن أن يجعل هبة مبتداة ولهذا لا يشترط فيه قبض الواهب ويصح في الشائع بخلاف الرد بالعيب بعد القبض لأن حقه في وصف السلامة لا في الفسخ ولهذا لو زال العيب امتنع الرد لوصول حقه إليه لكن إذا لم يكن سليما فات رضاه فيرجع بالعوض ويلزم منه فسخ العقد ضرورة من غير أن يثبت حقه في الفسخ فإذا لم يكن له حق في الفسخ لم يصر مستوفيا حقه فيكون ملكا مبتدأ ضرورة غير أنه إذا حكم القاضي بالرد عند عجزه عن تسليم حقه جعلناه فسخا لعموم ولايته ولا كذلك المتعاقدان لأنهما لا ولاية لهما إلا على أنفسهما وإنما اعتبر رده في المرض من الثلث لأن حق الورثة تعلق بجميع ماله فلا يقدر أن يبطله باختياره وإن أبطله رد عليه كيف ما كان استحسانا وفي القياس لا يرد ذكره ابن سماعة قال رحمه الله فإن تلفت العين الموهوبة واستحقها مستحق وضمن الموهوب له لم يرجع على الواهب بما ضمن لأن الهبة عقد تبرع وهو غير عامل له فلا يستحق السلامة ولا يثبت به الغرور بخلاف الوديعة لأن المودع عامل له وبخلاف المعاوضات لأن عقد المعاوضة يقتضي السلامة فيكون كل واحد منهما ملتزما الوصف السلامة بالإقدام على العقد فإذا لم يسلم له صار مغرورا من جهته فيرجع عليه بما لحقه قال رحمه الله والهبة بشرط العوض هبة ابتداء فيشترط التقابض في العوضين وتبطل بالشيوع بيع انتهاء فترد بالعيب وخيار الرؤية وتؤخذ بالشفعة وقال زفر والشافعي هو بيع ابتداء وانتهاء لأنهما أتيا بمعنى البيع وهو التمليك بعوض والعبرة في العقود للمعاني دون الألفاظ ألا ترى أن الكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة والحوالة بشرط عدم البراءة كفالة وهبة الدين لمن عليه إبراء وبيع العبد من نفسه إعتاق وهبة المنفعة بالعوض إجارة والإعارة بعوض إجارة ولنا أنه اشتمل على جهتين فيجمع بينهما ما أمكن عملا بالشبهين فيكون ابتداؤه معتبرا باللفظ فيجري فيه أحكام الهبة وانتهاؤه معتبرا بمعناه فيجري فيه أحكام البيع كالهبة في المرض فإن ظاهره تمليك في الحال تبرعا ومعناه معنى الوصية لما فيه من إبطال ما تعلق به حق الورثة فيعتبر ابتداؤه باللفظ حتى يشترط فيها القبض ويبطل بالشيوع فيما يحتمل القسمة ويوجب الملك عند القبض في الحال ويعتبر انتهاؤه بمعناه حتى ينفذ من الثلث بعد الدين ولأن الألفاظ لا يجوز إلغاؤها مع إمكان العمل بها وقد أمكن فيما نحن فيه ولا تنافي بين حكميهما لأن حكم البيع قد يكون متراخيا باشتراط الخيار لأحدهما وفي البيع الفاسد فيكون موافقا لحكم الهبة من حيث تأخيره إلى القبض والهبة قد تكون لازمة بانقطاع الرجوع بما ذكرنا من الموانع عن الرجوع بخلاف ما استشهد به فإن العمل فيها بالمعنيين غير ممكن للتضاد بين الحكمين فتعين إلغاء اللفظ والعمل بالمعنى ولو وهب الأب مال ابنه الصغير بشرط العوض لم يجز عند أبي حنيفة وأبي يوسف لأنه تبرع ابتداء وهو لا يملك التبرع وعلى هذا قال محمد يجوز لأنه بيع انتهاء على ما بينا فصل قال رحمه الله ومن وهب أمة إلا حملها أو على أن يردها عليه

او يعتقها او يستولدها او داراً على ان يرد عليه شيئاً منها او يعوضه عنها شيئاً صحت الهبة وبطل الاستثنا
والشرط لان الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة الا ترى انه عليه السلام اجاز العمرى وابطل الشرط وهذه كلها
شروط فاسدة لما في غير الاستثنا الحمل فظاهر واما استثنا الحمل فلان الاستثنا تصرف لفظي لا يعمل الا فيما
تناوله اللفظ والحمل لا يدخل تحت اللفظ وانما هو وصف الجارية فكان تابعاً لها فلا يصح استثناؤه وعلى ما
بيناه في الاقرار ما نقلب شرطاً فاسداً وهو لا يؤثر في الهبة فتصح ويدخل الحمل تبعاً لها وهذا هو الحكم في كل
معاوضة مال بغير مال كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد بخلاف المعاوضات المالية لانه عليه السلام
نهى عن بيع وشرط ولان الملك في الهبة معلق بفعل حسي وهو القبض والشروط تفسد الحكمي لا الحسي بل الشروط
نفسها تبطل ولو اعتق ما في بطنها ثم وهبها جازت الهبة في الام لان الجنين غير مملوك له واشتغال بطنها
به لا يوجب الفساد كما اذا وهب ارضه وفيها ابنه بخلاف ما اذا دبر الحمل ثم وهبها حيث لا تجوز الهبة
لان ملكه فيه باق ولا يمكن ادخاله في الهبة لان المدبر لا يقبل النقل من ملك الى ملك ولا يمكن تصحيح الهبة
في الام بدونه لانها مشغولة به فصار نظير هبة النخل بدون الثمر والجوالق بدون الدقيق من حيث ان كل واحد
منهما يمنع القبض بخلاف البيع حيث لا يجوز في الفصول كلها فصل الاستثنا والعتق والتدبير وبخلاف الوصية
حيث يجوز في الام دون الحمل وفي الحمل دون الام لان بابها اوسع على ما بيناه في البيوع وقوله على ان يعوضه
شيئاً عنها فيه اشكال فانه ان اراد به الهبة بشرط العوض فهي والشرط جائزان فلا يستقيم قوله بطل الشرط
وان اراد به ان يعوضه عنها شيئاً من العين الموهوبة فهو تكرار محض لانه ذكره بقوله على ان يرد عليه شيئاً
منها **قال رحمه** ومن قال لمديونه اذا جاء غد فهو لك او انت منه بري او ان اديت الى نصفه فلك نصفه او انت
بري من النصف الباقي فهو باطل لان تمليك الدين فيه معنى الاسقاط والابراء منه اسقاط فيه معنى التمليك
لان الدين مال من وجه بالنظر الى المال حتى تجب فيه الزكاة ويصح شراوه به من المدين ووصف من وجه بالنظر
الى الحال حتى لو حلف انه لا مال له وله ديون على الناس لا يحنث ومن وجه انه مال كان تمليكاً فيرتد بالرد
ومن وجه انه وصف كان اسقاطاً فلا يتوقف على القبول والتعليق بالشروط يختص بالاسقاطات المحضة
التي يحلف بها كالطلاق والعتاق وهذا تمليك من وجه فلا يجوز تعليقه بالشروط فيبطل بخلاف قوله انت بري
من النصف على ان تودي الى النصف لانه تقييد وليس بتعليق على ما بيناه في الصلح **قال رحمه** وصح العمرى للمعمر له
حال حياته ولورثته بعد موته وهي ان يجعل داره له عمره فاذا مات ترد عليه لا الرقبى اي ان مت قبلك فهي لك
وهذا تفسير الرقبى اي يقول ذلك له لما روي عن زيد بن ثابت رضي الله عنه انه عليه السلام قال من اعمر عمرى فهي للمعمر
محياه ومماته لا ترقبوا من ارقب شيئاً فهو سبيل الميراث رواه احمد وابو داود والنسائي وفي لفظ جعل الرقبى
للذي ارقبها رواه احمد والنسائي ولان معنى العمرى هو التمليك في الحال وجعلها له عمره ثم اذا مات ترجع
عليه فصح التمليك وبطل الشرط لما بينا ان الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة ويبطل الشرط ومعنى الرقبى ان يملكها
له بعد موته فيكون تمليكاً مضافاً الى زمان وهو من الارتقاب وهو الانتظار كانه ينتظر موته فلا يصح لعدم
التمليك في الحال وقال ابو يوسف تصح الرقبى ايضاً بناء على انها تمليك للحال واشتراط الاسترداد بعد موته
عنده كالعمرى كان الواهب ينتظر موت الموهوب له وقد روى ابن عباس انه عليه السلام قال العمرى جائزة لمن اعمرها
والرقبى جائزة لمن ارقبها رواه احمد والنسائي فحاصله انه متى وجد التمليك في الحال واشتراط الرد في
المال يجوز بالاجماع لما بينا ان الهبة لا تبطل بالشرط بل الشرط يبطل ومتى كان التمليك مضافاً الى زمان
في المستقبل لا يجوز بالاجماع فكان الخلاف بينهم مبنياً على تفسير الرقبى فمن قال انه تمليك في الحال اجازه
ومن قال انه مضاف لم يجزه وليس باختلاف حقيقة ومثل هذا ما تقدم في نكاح الصابيات وفي فساد الصوم
في الاقطار في الاحليل وفي وجوب الدم اذا غسل المحرم راسه بالخطمي او لبس الثوب المصبوغ بعصفر فاذا لم يكن

بينهم خلاف في الحقيقة واللفظ صالح للمعنيين امكن التوفيق بين الاخبار فما ورد من النهي عن الرقبى محمول
على ان المراد به ابطال شرط الجاهلية وهو الاسترداد بعد موت الموهوب له وما جاء فيه من الاطلاق محمول
على انه جائز والشرط باطل ومثله جاء في العمرى ايضاً وهو ما روي عن ابن عمر انه عليه السلام قال لا تعمروا ولا ترقبوا
فمن اعمر شيئاً او ارقبه فهو له حياته ومماته رواه احمد والنسائي وقال عليه السلام العمرى جائزة لاهلها والرقبى
جائزة لاهلها رواه ابو داود والترمذي والنسائي وفيهما اخبار كثيرة بعضها يمنعهما وبعضها يجيزهما
وبالحمل على ما حملناه حصل التوفيق فلا معارضة **قال رحمه** والصدقة كالهبة لا تصح الا بالقبض ولا في مشاع
يحتمل القسمة لانه تبرع كالهبة ويلزم فيها ما يلزم في الهبة فامتنعت بدون القبض كالهبة **قال رحمه** ولا رجوع
فيها اي في الصدقة لان المقصود فيها هو الثواب دون العوض قال في النهاية لا رجوع في الصدقة على الغني
كما لا رجوع في الصدقة على الفقير ثم قال من اصحابنا من قال الصدقة على الغني والهبة سواء لانه يقصد
به العوض دون الثواب الا ترى انه في حق الفقير جعلت الصدقة والهبة سواء فيما هو المقصود ثم لما ان يرجع
في الهبة فكذا في الصدقة ثم قال ولكنا نقول في ذكر لفظة الصدقة ما يدل على انه لم يقصد العوض ومراعاة
لفظه اولى من مراعاة حال المتملك ثم التصدق على الغني يكون قربة يستحق به الثواب وقد يكون مالكاً للنصاب
وله عيال كثيرة والناس يتصدقون على مثل هذا لنيل الثواب الا ترى انه عند اشتباه الحال يتادى الواجب
الذي عليه ولا رجوع فيه بالاتفاق فكذا عند العلم بحاله لا يثبت له حق الرجوع عليه هكذا ذكر في النهاية
معزياً الى المبسوط وما ذكروه من عدم جواز التصدق على غنيين ينافي هذا الا انهم هناك لم يعتبروا فيه
وفي الهبة الا حال المتملك حتى اجازوها لفقيرين ومنعوها للغنيين على الصحيح وهو المذكور في الجامع الصغير
على ما بينا من قبل فقياسه ان يملك الرجوع في الصدقة على الغني ولا يملك الرجوع في الهبة على الفقير والله اعلم

كتاب الاجارة

قال رحمه هي بيع منفعة معلومة باجر معلوم وقيل هي تمليك المنافع بعوض
بخلاف النكاح فانه ليس بتمليك وانما هو استباحة المنافع بعوض هذا في الشرع وفي اللغة الاجارة فعالة من اجر
ياجر من باب طلب وضرب فهو اجر وذاك ماجور اي الاجارة اسم للاجرة وهي ما اعطي من كرى الاجير وقد اجره اذا
اعطاه اجرته والاجرة ما يستحق على عمل الخير ولهذا يدعى به يقال اجرك الله واعظم الله اجرك وفي كتاب العين اجرت
مملوكي اوجره ايجاراً فهو موجر وفي الاساس اجرني داره فاستاجرتها وهو موجر ولا تقل مواجر فانه خطا
وقبيح قال وليس اجر هذا افاعل بل هو افعل وهي جائزة باجماع الامة قال الله تعالى حكاية عن شعيب عليه السلام اني اريد
ان انكحك احدى ابنتي هاتين على ان تاجرني ثماني حجج وشريعة من قبلنا شريعة لنا ما لم يظهر النسخ لا سيما اذا
قص لنا لا على وجه الانكار وقال عليه السلام من استاجر اجيراً فليعلمه اجره وشرطها ان تكون الاجرة والمنفعة
معلومتين لان جهالتهما تفضي الى المنازعة وركنها الايجاب والقبول وحكمها وقوع الملك في البدلين
ساعة فساعة لان المعقود عليه وهو المنافع معدومة والقياس ان لا تجوز لما فيها من اضافة العقد الى ما
سيوجد الا انها اجيزت للضرورة لشدة الحاجة اليها وهي تنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع
والعين المستاجرة اقيمت مقام المنفعة في حق اضافة العقد اليها ليرتبط الايجاب بالقبول فعمله يظهر في
المنفعة ملكاً واستحقاقاً حال وجودها وهذا كالمسلم فيه فان الذمة التي هي محل المسلم فيه اقيمت مقام المعقود
عليه في حق جواز السلم وقال الشافعي تجعل المنافع المعدومة موجودة حكماً ضرورة تصحيح العقد لان العقد يستدعي
محلاً ينعقد فيه اذ الشرع حكم بالانعقاد وهو وصف العقد المنعقد فحكمنا بوجود المحل لينعقد العقد فيه وهذا
لان العقد عقد لازم واللزوم وصف يثبت بالعقد فحكمنا بوجود المحل لينعقد العقد فيه فاقمنا المعدوم
موجوداً لذلك قلنا الارتباط الايجاب بالقبول صفة الكلامين والمحل يحتاج اليه للحكم وانما اشترط
وجود المحل عند الارتباط لان الانعقاد لاجل الحكم فلا بد من تعيين المحل حتى يعمل العقد فيه فجعل الدار خلفاً

عن المنفعة فى حق اضافة العقد اليها ثم بعد ذلك عمل هذا اللفظ يتراخى الى حين وجود المنفعة وحكم العقد وهو الملك
يقبل الفصل عن العقد كما فى المبيع بشرط الخيار وهذا اولى مما ذهب اليه الشافعى لانه تغيير امر حكمى بدليل شرعى
وفيما ذهب اليه قلب الحقايق لان المنافع معدومة حقيقة والمنفعة لا تتصور موجودة فى حقيقة فلا يمكن جعلها
موجودة حكما لان الشرع لا يرد بتقدير المستحيل ولهذا لو اضاف العقد الى المنفعة لا يجوز ولو اضافه الى العين
جاز بالاجماع ولان ما قلناه ليس فيه الا اقامة السبب مقام المسبب وهو امر شايع شرعا كاقامة السفر مقام المشقة
ونحوه فكان اولى **قال** وما صح ثمنا صح اجرة لان الاجرة ثمن المنفعة فتعتبر بثمن المبيع ثم ان كانت الاجرة
عينا جاز كل عين ان تكون اجرة كما جاز ان تكون بدلا فى البيع وان كان موصوفا فى الذمة يجوز ايضا كل ما جاز ان
يكون ثمنا او مبيعا فى الذمة كالمقدرات والمذروعات ومالا فلا ولا فرق بينهما فيه وقوله ما صح ثمنا
صح اجرة يقتضى ذلك ولا ينافى العكس حتى صح اجرة ما لا يصح ثمنا ايضا كالمنفعة فانها لا تصلح ثمنا وتصلح اجرة
اذا كانت مختلفة الجنس كاستيجار سكنى الدار بزراعة الارض وان اتحد جنسهما لا يجوز كاستيجار الدار للسكنى
بالسكنى وكاستيجار الارض للزراعة بزراعة ارض اخرى لان المنافع معدومة فتكون بيعا بالنسيئة على ما قالوا
فلا يجوز ذلك فى الجنس المتحد لانه يكون كبيع القوهى بالقوهى نسيئة بخلاف مختلف الجنس على ما قالوا **قال**
والمنفعة تعلم ببيان المدة كالسكنى والزراعة فتصح على مدة معلومة اى مدة كانت لان المدة اذا كانت معلومة
كانت المنفعة معلومة فيجوز طالت المدة او قصرت تاخرت بان كانت مضافة او تقدمت بان كانت متصلة بوقت
العقد ولا معنى لقول الشافعى فيه فانه يقدره بسنة فى رواية ولا يجوز اكثر منها لان جوازها كان للضرورة ولا ضرورة
اكثر منها وفى رواية يقدره بثلثين سنة ولا يجوز اكثر منها لانه قلما يستعمل بالاجرة اكثر من ذلك وفى
رواية يجوز ابدا لانه بيع المنافع كبيع الاعيان فجاز مؤبدا قلنا كل ذلك باطل لان الحاجة تدعو اليها لكونها معلومة
ولا معنى لمنعه بعد ان صارت معلومة الا ترى الى قوله تعالى حكاية عن شعيب عليه السلم انى اريد ان انكحك
احدى ابنتى هاتين على ان تاجرنى ثمانى حجج فاجاز اكثر من سنة ولان المنافع لا تكون معلومة الا ببيان
المدة لها فلا تجوز الا موجلة بخلاف بيع الاعيان فانها معلومة بدونه ومن شرطها التابيد ايضا حتى
لو ضرب له اجلا فسد البيع وقال بعضهم لا يجوز ان يضرب لها اجلا لا يعيش اليه مثله عادة لان الغالب
كالمتحقق فى حق الاحكام حتى يحكم بموت المفقود عند موت اقرانه فصار كالتابيد معنى فلا يجوز لما عرف
ان التابيد يبطلها وبه كان يفتى القاضى ابو عصمة العامرى وبعضهم جوز ذلك والخصاف منهم لان العبرة
فى هذا لكلام المتعاقدين وانه يقتضى التوقيت ولا يقتضى تعيين الوقت **قال** ولا تزاد فى الاوقاف
على ثلث سنين اى لا يجوز ان تزاد مدة الاجارة فى الاوقاف على ثلث سنين خوفا من دعوى المستاجر
انه ملكه اذا تطاولت المدة وذكر بعضهم الحيلة فى جواز الزيادة على ثلث سنين ان يعقد عقودا
كل عقد على سنة ويكتب فى الكتاب ان فلان بن فلان استاجر الوقف كذا وكذا سنة بكذا وكذا عقدا
فى كل عقد سنة وذكر صدر الاسلام ان الحيلة فيه ان يرفع الى الحاكم حتى يجيزه وكان الصدر الشهيد رحمه الله
يفتى بالجواز فى ثلث سنين فى الضياع الا اذا كانت المصلحة فى المنع وفى غير الضياع كان يفتى بعدم الجواز
فيما اذا زاد على سنة واحدة الا اذا كانت المصلحة فى الجواز هذا اذا لم ينص الواقف على مدة الاجارة فان
اشترط ان لا يؤجر اكثر من المدة فهو على ما شرط طال او قصر لان شروط الواقف تراعى كالمنصوص **قال**
او بالتسمية كالاستيجار على صبغ الثوب وخياطته اى المنفعة تعلم بالتسمية كما فيما ذكره من الصبغ
والخياطة ومنه استيجار الدابة للحمل او الركوب لانه اذا بين المصبوغ والصبغ وقدر ما يصبغ به
وجنسه وجنس الخياطة والمخيط ومن يركب على الدابة والقدر المحمول عليها والمسافة صارت المنفعة
معلومة بلا شبهة فصح العقد ومن هذا النوع الاجارة على العمل كاستيجار القصار ونحوه **قال** او بالاشارة

وهذا
كالاستيجار على نقل الطعام الى كذا اى تكون المنفعة معلومة بالاشارة كما ذكره فى نقل الطعام لانه اذا علم
المنقول والمكان المنقول اليه صارت المنفعة معلومة وهذا النوع هو قريب من النوع الاول **قال**
والاجرة لا تملك بالعقد بل بالتعجيل او بشرطه او بالاستيفاء او بالتمكن منه اى لا تملك الاجرة بنفس العقد
سواء كانت الاجرة عينا او دينا وانما تملك بالتعجيل او بشرط التعجيل او باستيفاء المعقود عليه وهى المنفعة
او بالتمكن من استيفائه بتسليم العين المستاجرة فى المدة وقال الشافعى رحمه الله تملك بنفس العقد ويجب
تسليمها عند تسليم العين المستاجرة لانها عقد معاوضة فيثبت الملك فى البدلين بنفس العقد وهذا مبنى
على اصله ان المنفعة المعدومة عنده جعلت موجودة حكما لان من شرط جواز العقد ان يكون المعقود
عليه موجودا مقدورا على تسليمه لانه عليه السلم نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص فى السلم وللشارع
جعل المعدوم حقيقة موجودا حكما كما جعل النطفة فى الرحم كالحى حكما فى حق الاحكام من الوصية والارث
وكذا جعل الموجود حقيقة كالمعدوم حكما كما جعل المرتد الملتحق بدار الحرب ميتا فى حق الاحكام كالارث وعتق
امهات اولاده والدليل على انه كالموجود جواز الاستيجار بالدين ولو كان معدوما لما جاز لانه يصير دينا بدين
وهو حرام شرعا ولنا ان هذا عقد معاوضة فيقتضى المساواة بينهما وذلك بتقابل البدلين فى الملك والتسليم
واحد البدلين وهو المنفعة لم تصر مملوكة بنفس العقد لاستحالة ثبوت الملك فى المعدوم فكذا فى البدل الاخر
ولو ملك الاجرة لملكها بغير بدل وهو ليس من قضية المعاوضة فتاخر الملك فيه ضرورة وجواز العقد ليس
باعتبار ان المعدوم جعل موجودا حكما وكيف يقال ذلك والموجود من المنفعة لا يقبل العقد لانه عرض
لا يبقى زمانين فلا يتصور فيه التسليم بحكم العقد والقدرة على التسليم شرط لجواز العقد وما لا يتصور فيه
التسليم لا يكون محلا للعقد بل باعتبار ان العين التى هى سبب وجود المنفعة اقيمت مقام المنفعة فى حق صحة
الايجاب والقبول وفى حق وجوب التسليم اذ العين هى التى يمكن تسليمها دون العرض فانعقد فى حقها فى الحال
فوجب عليه تسليمها وصار العقد مضافا غير منعقد للحال فى حق المنفعة لان اقصى ما يتصور العقد على المنفعة
ان يكون العقد مضافا الى وقت حدوثها فينعقد العقد فى كل جزء من المنفعة على حسب وجودها شيئا فشيئا
وهو معنى قولنا ان عقد الاجارة فى حكم عقود متفرقة يتجدد انعقادها على حسب حدوث المنافع وانما قامت العين
مقام المنفعة لتصحيح العقد فى الانعقاد والتسليم ضرورة عدم تصورهما فى المنفعة ولا ضرورة فى حق الملك
فى البدل وما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها فلا يظهر فى حق ملك البدل كما لا يظهر فى حق ملك المنفعة فيكون
العقد مضافا الى وقت حدوثها غير منعقد فى الحال فى حقهما وهذا اولى من الذى ذهب اليه الشافعى فان فيه
قلب الحقايق وهو جعل المعدوم كالموجود وما ذهبنا اليه ليس فيه الا اقامة السبب وهو العين مقام المسبب
وهى المنفعة فى حق بعض الاحكام وهذا القدر من التغيير معهود فى الشرع الا ترى ان الشارع اقام السفر مقام
المشقة لانه سببها واقام البلوغ مقام اعتدال العقل حتى علق التكليف به لانه سببه ونظايره كثيرة لا تحصى
وانما جاز الاستيجار بالدين لان العقد لم ينعقد فى حق المنفعة فلم تصر المنفعة دينا فى ذمته فلا يجب بدلها
ايضا وعند انعقاد العقد فيها وهو زمان حدوثها تصير هى مقبوضة فلا يكون دينا بدين اصلا ولو كان العقد
منعقدا فى حق المنفعة لما جازت الاجارة بالدين المؤجل اصلا كما لا يجوز السلم به ولو جاز ان يجعل المعدوم
كالمستوفى لجاز ذلك فى السلم ايضا كما اذا باع العين بالدين فاذا استوفى المنفعة ثبت الملك فى الاجرة لتحقق
المساواة وان عجلها او اشترط تعجيلها فقد التزمه بنفسه وابطل المساواة التى اقتضاها العقد فصح
بخلاف الاجارة المضافة الى وقت بشرط تعجيل الاجرة حيث يكون الشرط باطلا ولا يلزمه للحال شىء لان امتناع وجوب
الاجرة ليس بمقتضى العقد بل بالتصريح بالاضافة الى وقت فى المستقبل والمضاف الى وقت لا يكون موجودا قبل ذلك
الوقت فلا يتغير هذا المعنى بالشرط وفيما نحن فيه انما لا يجب لاقتضاء العقد المساواة وليس بمضاف صريحا فيبطل

بان قبض الدار بعد الاجرة وان لم يسكنها وكذا لو استاجر دابة ليركبها الى مكة وذهب بها الى مكة ولم يركب فعليه الاجرة مسكين

فصل
المعدوم حقيقة موجود حكما

ثم المراد من عدم وجوب الاجرة بالعقد عدم نفس الوجوب لا وجوب الاداء حتى لو كان الاجرة عبدا فاعتقه الموجر بعد العقد قبل وجود هذه المعاني لا يعتق فلو كان نفس الوجوب
ثابتا لصح لعتق لقيامه كاعتاق المشترى قبل القبض ... لم يكن نفس الوجوب ثابتا للمانع التعجيل من المستاجر او الابراء من الموجر

ذلك المعنى بالتصريح على خلافه الا ترى ان الثمن في البيع يجب في الحال ولا يجب تسليم المبيع حتى يسلم الثمن لان العقد يقتضى المساواة ثم اذا كان الثمن موجلا يجب تسليمه في الحال لانه تاخر بالقصد صريحا ولا يقال يصح الابراء من الاجرة بعد العقد ولو لم يملكها لما صح وكذا يصح الارتهان والكفالة بها وكذا لو تزوج امراة بسكنى داره سنة وسلم الدار اليها ليس لها ان تمنع نفسها فلو لم تملك المنفعة ولم تقبضها لمنعت نفسها لانا نقول لا يصح الابراء عند ابي يوسف لعدم وجوبه كالمضاف بخلاف الدين الموجل لانه ثابت في الذمة فجاز الابراء عنه والجواب على قول محمد رحمه الله انه وجد سبب وجوبه فجاز ابراوه بعد وجود السبب كالابراء عن القصاص بعد الجرح والرهن والكفالة للوثيقة فلا يشترط فيه حقيقة الوجوب الا ترى انهما جايزان بالثمن في البيع المشروط فيه الخيار وبالدين الموعود وجازت الكفالة بالدرك وجاز تعليقها بالشرط فكذا بهذا الدين اما جواز الكفالة فظاهر لانه يجوز تعليقها بشرط ملايم فجاز ان يكون ... واما الرهن فلانه استيفاء الدين حكما فيكون معتبرا بالاستيفاء الحقيقي فلو استوفى الاجرة هنا حقيقة جاز فكذا حكما بخلاف الاجارة المضافة وانما لم يكن للمراة ان تحبس نفسها بعد تسليم الدار اليها لانها رضيت بما سمى لها برضاها وهو المراد عنه عادة عند الاطلاق فصار كما اذا اجلت المهر كله فانه يجب عليها تسليم نفسها قبل حلول الاجل فكذا هذا بل اولى لانها استلمت الدار وهي قايمة مقام المنفعة من وجه على ما بينا وقوله للشارع جعل المعدوم حقيقة موجودا حكما الى اخره قلنا نعم لكن عهدنا ذلك فيما يمكن تقدير وجوده حقيقة لان الشيء انما يقدر حكما اذا كان يمكن تقديره حقيقة كما في المستشهد به فان الحي يتصور موته وكذا بالعكس واما المنافع فلا تقبل العقد اصلا حتى في حال وجودها على ما بيناه فكيف يقدر وجودها لجواز العقد وليس في وجودها جوازه بل بطلانه على ما بينا على ان ما اعتبره قلب وما اعتبرناه تعين فكان اولى على ما بينا **قال رحمه الله** فان غصب منه سقط الاجر اي لو غصبت العين المستاجرة من يد المستاجر سقط الاجر كله فيما اذا غصب في جميع المدة وان غصب في بعضها سقط بحسابها لزوال التمكن من الانتفاع وهو شرط لوجوب الاجرة لا حقيقة الانتفاع على ما بينا وهل تنفسخ الاجارة قال صاحب الهداية تنفسخ وقال القاضي فخر الدين في فتاواه والفضلى لا تنتقض **قال رحمه الله** ولرب الدار والارض طلب الاجر كل يوم وللجمال كل مرحلة وللقصار والخياط بعد الفراغ من عمله والاصل فيه ان الاجارة معاوضة والملك في المنافع يثبت بثبوته زمان العقد فكذا الملك في الاجر على ما بينا ثم كان ابو حنيفة اولا يقول في الكل لا يجب شيء من الاجرة حتى يستوفي جميع المنفعة والعمل وهو قول زفر رحمه الله لان المعقود عليه جملة وهو المنافع والعمل فلا يتوزع الاجر على اجزايها كالثمن في المبيع والرهن في الدين ثم رجع من هذا فقال ان وقعت الاجارة على المدة كما في اجارة الدار والارض او على قطع المسافة كما في كرى الدابة يجب الاجر بحصة ما استوفى من المنافع اذا كان المستوفى اجرة معلومة من غير مشقة ففي الدار يجب لكل يوم وفي المسافة لكل مرحلة والقياس ان يجب في كل ساعة بحسابه تحقيقا للمساواة الا انه يفضي الى الحرج لانه لا يعلم حصته الا بمشقة ولا يتفرغ لغيره فرجع الى ما ذكرنا لان حصته من الاجرة معلومة من غير مشقة وهذا القدر من المنفعة مقصود فيجب البدل بحصته بخلاف ما اذا وقعت الاجارة على العمل كالخياطة والقصارة لان العمل في البعض غير منتفع به فلا يستوجب الاجر عقابلته حتى يفرغ من العمل فيستحق الكل وكذا اذا عمل في بيت المستاجر لم يفرغ من العمل لا يستحق شيا من الاجرة على ما ذكره صاحب الهداية وصاحب التجريد وذكر في المبسوط والفوايد الظهيرية والذخيرة ومبسوط شيخ الاسلام وشرح الجامع الصغير لفخر الاسلام وقاضي خان والتمرتاشي انه اذا خاط البعض في بيت المستاجر يجب الاجر له بحسابه حتى اذا سرق الثوب بعد ما خاط بعضه يستحق الاجرة بحسابه واستشهد في الاصل بما لو استاجر انسانا ليبني له حايطا فبنى بعضه ثم انهدم فله اجر ما بنى فهذا يدل على ان له الاجر ببعض العمل في الكل الا انه يشترط فيه التسليم الى المستاجر ففي سكنى الدار وقطع المسافة صار مسلما اليه بمجرد تسليم الدار وقطع المسافة

وفي الخياطة ونحوها لا يكون مسلما اليه الا اذا سلمه الى صاحبه حقيقة ففي خياطته في منزل المستاجر حصل التسليم بمجرد الفعل اذ هو في منزله والمنزل في يده فلا يحتاج فيه الى التسليم الحقيقي فيجب بمجرد العمل ولهذا اذا وقع في منزله يجب الاجر من غير تسليم اليه وعلى ما ذكره صاحب الهداية وصاحب التجريد لا يستحق الاجر على البعض الا في سكنى الدار وقطع المسافة وهو اقرب الى المروي عن ابي حنيفة لانه روى الفرق بينهما عنهما في القول المرجوع عليه على ما ذكرنا وعلى ما ذكره لا فرق بين الكل **قال رحمه الله** وللخباز بعد اخراج الخبز من التنور يعني للخباز ان يطالب بالاجر اذا اخرج الخبز من التنور لانه قد فرغ فيملك المطالبة كالخياط اذا فرغ من العمل هذا اذا كان يخبز في بيت المستاجر لانه صار مسلما اليه بمجرد الاخراج فيستحق الاجر وان كان في منزل الخباز لم يكن مسلما اليه بمجرد الاخراج من التنور **قال رحمه الله** فان احرقه فاحترق فله الاجر ولا ضمان عليه لانه بمجرد الاخراج صار مسلما اليه اذ المنزل في يده فيستحق الاجر بوضعه فيه ولا يجب عليه الضمان اذا هلك ذلك بعد بالاجماع لانه هلك بعد التسليم ولو احترق قبل ان يخرجه او سقط من يده قبل الاخراج فاحترق لا يستحق الاجر لهلاكه قبل التسليم ولانه قبل الاخراج لا قيمة له بخلاف ما اذا خاط الثوب في منزل صاحب الثوب حيث يستحق الاجر بخياطة بعضه وان هلك قبل التسليم على ما ذكره الجماعة لان ذلك القدر له قيمة وينتفع به فيستحق الاجر بحسابه وانما لم يضمن لانه هلك بعد التسليم لانه يصير مسلما بالاخراج على ما ذكرنا وهذا بالاجماع ولو احترق في التنور قبل الاخراج قال في النهاية يضمن لانه جناية يده وان كان الخباز يخبز في منزل نفسه لا يستحق بالاخراج من التنور المطالبة به لانه لم يصر الخبز بمجرد الاخراج مسلما الى صاحبه لان المنزل ليس في يده فلا بد من التسليم الحقيقي بخلاف ما اذا خبز في منزل المستاجر على ما ذكرنا ولو هلك هنا قبل التسليم الى صاحبه لا يستحق الاجر لعدم التسليم الحقيقي ولا يجب عليه الضمان عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يجب الضمان لان المتاع عنده في يد الاجير المشترك امانة وعندهما مضمون ثم اذا صار ضامنا فالمالك بالخيار ان شاء ضمنه دقيقه مثل دقيقه ولا اجر له وان شاء ضمنه قيمة الخبز واعطاه الاجر ولا يجب عليه ضمان الحطب والملح لان ذلك صار مستهلكا قبل وجوب الضمان عليه وحين ما وجب الضمان كان رمادا **قال رحمه الله** والطباخ بعد الغرف اي للطباخ ان يطلب الاجرة بعد ما غرف الطبيخ لان الغرف عليه هذا اذا كان يطبخ للوليمة وان كان يطبخ قدرا خاصة لاهل البيت فليس عليه الغرف لان العادة لم تجر به والمعتبر هو العادة في موضع لا نص فيه **قال رحمه الله** واللبان بعد الاقامة اي اذا استاجره ليضرب له لبنا في ارضه استحق الاجر اذا اقامه وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يستحق حتى يشرجه لان التشريج من تمام عمله لانه لا يومن عليه من الفساد قبله فصار التشريج كاخراج الخبز من التنور ولانه هو الذي يتولاه عادة والمعتاد كالمشروط وقوله لابي حنيفة رحمه الله وهو القياس ان العمل قد تم بالاقامة والانتفاع به ممكن والتشريج عمل زايد عليه كالنقل الى موضع العمارة بخلاف ما قبل الاقامة لانه طين منتشر وبخلاف الخبز لانه غير منتفع به قبل الاخراج وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا افسده المطر ونحوه بعد ما اقامه فعنده يجب الاجر وعندهما لا يجب اذا هلك قبل التشريج هذا اذا كان في ارض المستاجر لانه يصير مسلما اليه بالاقامة او بالتشريج على اختلاف الاصلين وان لبن الاجير في ارض نفسه لا يستحق حتى يسلمه وذلك بالعد بعد الاقامة عنده وعندهما بالعد بعد التشريج وقد ذكرنا نظيره في الخبز **قال رحمه الله** ومن لعمله اثر في العين كالصباغ والقصار يحبسها للاجر اي يحبس العين للاجر حتى يستوفيه لان المعقود عليه وصف في المحل فكان له حق الحبس لاستيفاء البدل كما في البيع وذكر في النهاية ان القصار اذا ظهر عمله باستعمال النشا كان له حق الحبس وان لم يكن لعمله اثر الا ازالة الدرن اختلفوا فيه والاصح ان له حق الحبس على كل حال لان البياض كان مستترا وقد ظهر بفعله بعد ان كان هالكا بالاستتار فصار كانه احدثه فيه بالاظهار وعزاه الى الجامع الصغير لقاضي خان وقال زفر رحمه الله ليس له ان يحبس العين فيما لعمله اثر لان المعقود عليه صار مسلما الى صاحب العين باتصاله بملكه فسقط حق الحبس به لان الاتصال

علمه بإذنه فصار كالقبض بيده ألا ترى أنه لو أمر شخصا أن يزرع له أرضه بحنطة من عنده قرضا فزرعها المأمور
صار قابضا بالاتصال بملكه وصار كما إذا صبغ في بيت المستأجر قلنا اتصال العمل بالمحل ضرورة إقامة العمل
فلم يكن راضيا بهذا الاتصال من حيث إنه تسليم بل رضاه في تحقيق عمل الصبغ ونحوه من الأثر في المحل إذ لا وجود للعمل
إلا به فكان مضطرا إليه والرضى لا يثبت مع الاضطرار كصاحب العلو إذا بنى السفل لا يكون متبرعا لاضطراره
لأنه مضطر إليه وليس هذا كصبغه في بيت المستأجر لأن العين ثمة في يد المستأجر لقيام يده على المنزل ويمكن
العامل أن يتحرز عنه بأن يعمل في منزل نفسه فلم يكن مضطرا إليه فيكون راضيا بالتسليم مع إمكان التحرز عنه فيبطل
حقه في الحبس نظيره إذا سلم المبيع برضاه ليس له أن يسترده ونظير الأول إذا قبضه المشتري بغير رضاه
كان للبائع أن يسترده ونظير هذا الخلاف الوكيل بالشراء إذا نقد الثمن من عنده كان له أن يحبس المبيع عن الموكل
حتى يوفي الثمن لأنه مضطر في هذا القبض فلا يمكنه التحرز عنه إذ لا يقدر أن يقبض المبيع على وجه لا يقع في يد الموكل
فلا يسقط حقه في الحبس بذلك قال وإن حبس فضاع فلا ضمان ولا أجر لأن العين أمانة في يده على ما بين
ولأنه إن حبسها بالأجرة شرعا فلا يكون به متعديا فلا يجب عليه الضمان ولا يجب له الأجر لأن المعقود عليه هلك
قبل التسليم وذلك يوجب سقوط البدل كالمبيع إذا هلك قبل القبض وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما العين
لأنها كانت مضمونة عليه قبل الحبس عندهما فلا يسقط ذلك بالحبس ثم لصاحب العين الخيار إن شاء ضمنه
قيمة العين غير معمول ولا أجر عليه لأن العمل لم يصر مسلما إليه وإن شاء ضمنه قيمتها معمولا وعليه الأجر لأن المبيع
وهو العمل صار مسلما إليه بتسليم بدله إليه قال ومن لا أثر لعمله كالحمال والملاح ليس له أن يحبس
لأن المعقود عليه نفس العمل وهو عرض يفنى ولا يتصور بقاؤه ولا له أثر يقوم مقامه فلا يتصور حبسه
بخلاف راد الآبق فإنه يحبسه على الجعل وإن لم يكن لعمله أثر لأنه كان على شرف الهلاك فأحياه بالرد فكأنه
باعه من مولاه فكان له حق الحبس واختلفوا في غسل الثوب حسب اختلافهم في القصارة بلا نشا وقد بيناه من قبل
قال ولا يستعمل غيره إذا شرط عمله بنفسه أي ليس للأجير أن يستعمل غيره إذا شرط عليه أن يعمل بنفسه لأن المعقود عليه
العمل من محل معين فلا يقوم غيره مقامه كما إذا كان المعقود عليه المنفعة بأن استأجر رجلا للخدمة لا يقوم
غيره مقامه في الخدمة ولا يستحق به الأجر لأنه استيفاء المنفعة بلا عقد لتعين المعقود عليه لذلك
قال وإن أطلق كان له أن يستأجر غيره لأن الواجب عليه عمل في ذمته ويمكن الإيفاء بنفسه وبالاستعانة
بغيره كالمأمور بقضاء الدين قال وإن استأجره ليجيء بعياله فمات بعضهم فجاء بما بقي فله أجره بحسابه
لأنه أوفى بعض المعقود عليه فيستحق الأجر بحسابه قال الفقيه أبو جعفر الهندواني هذا إذا كان عياله
معلومين حتى يكون الأجر مقابلا بجملتهم وإن كانوا غير معلومين يجب الأجر كله وفي النهاية عن الفضلي
أنه إذا استأجر في المصر ليحمل الحنطة من القرية فذهب فلم يجد الحنطة فعاد إن كان قال استأجرتك
من المصر حتى تحمل الحنطة من القرية يجب نصف الأجر بالذهاب وإن قال استأجرتك حتى تحمل من القرية
لا يجب شيء لأن الإجارة كانت بشرط الحمل لا غير وفي الأولى كان العقد على شيئين على الذهاب إلى ذلك
الموضع والحمل منه إلى ههنا وقد ذهب إليه فاستوفى بعض المعقود عليه فيجب الأجر بحصته وعزاه إلى
الذخيرة وروى هشام عن محمد مثله في السفينة ذكره في المحيط قال ولا أجر لحامل الكتاب بالجواب
ولا لحامل الطعام إن رده للموت معناه إذا استأجره ليذهب بطعام إلى فلان بمكة مثلا أو ليذهب
بكتابه إليه ويجيء بجوابه فذهب فوجد فلانا ميتا فرده فلا أجر له لأنه نقض تسليم المعقود عليه بالرد
فصار كأنه لم يفعل فلا يستحق الأجر وقال زفر رحمه الله له الأجر في الطعام لأن الأجر بمقابلة حمل الطعام
إلى مكة وقد وفى بالمشروط فاستحق الأجرة عليه ثم هو برده جان عليه فلا يسقط حقه به في الأجر بخلاف
نقل الكتاب لأن الأجر فيه لا يقابل الحمل لأنه لا مؤنة له وقال محمد رحمه الله له الأجر للذهاب في نقل الكتاب

لأنه أوفى

لأنه أوفى ببعض المعقود عليه وهو قطع المسافة لأن الأجر مقابل بما فيه من المشقة دون حمل الكتاب لخفة مؤنته
بخلاف حمل الطعام لأن الأجر فيه مقابل بالحمل دون قطع المسافة لأن في حمل الطعام مؤنة قلنا الأجرة مقابل
بالنقل فيهما لأنه وسيلة إلى المقصود وهو وضع الطعام هناك وعلم ما في الكتاب فإذا رده فقد نقض
المعقود عليه فلا يستحق الأجر كما إذا نقض الخياط الخياطة بعد الفراغ ولو وجده غائبا فهو كما لو وجده ميتا
لتعذر الوصول إليه ولو ترك الكتاب هناك ليوصل إليه أو إلى ورثته فله الأجر في الذهاب لأنه أتى بما في
وسعه وقال في المحيط بعدما ذكر هذه المسألة وكذا لو استأجر رسولا ليبلغ رسالته إلى فلان ببغداد
فلم يجد فلانا وعاد فله الأجر لأن الأجر بقطع المسافة لأنه في وسعه وأما الإسماع فليس في وسعه فلا يقابله الأجر

باب ما يجوز من الإجارة وما يكون خلافا فيها

قال رحمه الله صح إجارة الدور والحوانيت بلا بيان
ما يعمل فيها والقياس أن لا يجوز حتى يبين ما يعمل فيها لأن الدور تصلح للسكنى ولغيرها وكذا الحوانيت تصلح لأشياء
مختلفة فينبغي أن لا يجوز ما لم يبين ما يعمل فيها كاستئجار الأرض للزراعة والثياب للبس وجه الاستحسان أن
العمل المتعارف فيها السكنى ولهذا يسمى مسكنا فينصرف إليها لأن المتعارف كالمشروط ولأنها لا تختلف باختلاف
العامل والعمل فجازت إجارتها مطلقا بخلاف الأرض والثياب فإنهما يختلفان باختلاف المزروع واللابس فلا
بد من البيان قال رحمه الله وله أن يعمل فيها كل شيء لما ذكرناه أنها لا تختلف باختلاف العامل والعمل فجاز له أن يعمل
فيها ما شاء عملا بالإطلاق وله أن يسكن معه غيره فيها أو منفردا لأن كثرة السكان لا يضرها بل يزيد في عمارتها
لأن خراب المسكن بترك السكنى وله أن يضع فيها ما بدا له حتى الحيوان لأنه من تمام السكنى وله أن يعمل فيهما ما
بدا له من العمل كالوضوء والاغتسال وغسل الثياب وكسر الحطب لأن ذلك كله من توابع السكنى وبه يتم السكنى
وذكر في النهاية أنه لا يدخل الدواب في عرفنا لأن المنازل ببخارى تضيق عن سكنى الناس فكيف تتسع لإدخال
الدواب وإنما هذا الجواب بناء على عرفهم في الكوفة قال رحمه الله إلا أنه لا يسكن حدادا أو قصارا أو طحانا
لأن في نصب الرحى واستعمالها في هذه الأشياء إضرارا ظاهرا لأنها توهن البناء فيتقيد العقد بما وراءها
ولأن المراد بالرحى رحى الماء أو رحى الثور وأما رحى اليد فلا يمنع من النصب فيها لأن هذا لا يضر بالبناء وهو من
توابع السكنى عادة فلا بد منه وعلى هذا الدق لكسر الحطب المعتاد للطبخ ونحوه لأنه لا يوهن البناء وإن زاد على العادة
بأن كان يوهن البناء فليس له ذلك إلا برضى صاحب الدار وعلى هذا ينبغي أن يكون الدق على هذا التفصيل فإن القليل
منه لا يستغنى عنه وقد جرت العادة بأن يدق أهل كل دار ثيابهم في منازلهم ولا يوهن ذلك القدر منه البناء
فحاصله أن كل ما يوهن البناء وفيه ضرر ليس له أن يعمل فيها إلا بإذن صاحبها وكل ما لا ضرر فيه جاز له بمطلق
العقد واستحقه به ولو أقعد الحداد فانهدم البناء بعمله وجب عليه الضمان لأنه متعد فيها ولا أجر عليه لأن
الضمان والأجر لا يجتمعان وإن لم ينهدم وجب عليه الأجر استحسانا والقياس أن لا يجب لأن هذا العمل غير داخل
تحت العقد والحال فيه قبل العقد وبعده سواء وجه الاستحسان أن المعقود عليه هو السكنى وفي الحدادة
وأخواتها السكنى وزيادة فيكون مستوفيا للمعقود عليه فيجب عليه الأجر بشرط السلامة وهو نظير ما لو
استأجر دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم فحمل عليها أحد عشر وسلمت الدابة فإنه يجب عليه الأجر وكذا لو
اختلف الموجر والمستأجر في اشتراط ذلك كان القول للموجر لأنه لو أنكر الإجارة كان القول له فكذا إذا أنكر
نوعا من الانتفاع ولو أقاما البينة كانت بينة المستأجر أولى لأنها تثبت الزيادة قال رحمه الله والأراضي
للزراعة إن بين ما يزرع فيها أو قال على أن يزرع فيها ما شاء لأن منفعة الأرض مقصودة وقد جرت العادة
باستئجارها للزراعة من غير نكير فانعقد الإجماع عليها عملا غير أن ما يزرع فيها متفاوت فمنه ما يفسد
الأرض ومنه ما يصلحها فلا بد من بيانه أو يقول أن يزرع فيها ما شاء كيلا يفضي إلى المنازعة ولو لم يبين
ما يزرع فيها ولم يقل على أن يزرع فيها ما شاء فسدت الإجارة للجهالة ولو زرعها بعد ذلك لا تعود صحيحة

مطلب لو أقعد حدادا وانهدم بعمله البناء وجب عليه الضمان

الأجر والضمان لا يجتمعان

مطلب عدم بيان ما يزرع مع عدم الإطلاق في المزارعة مفسد

في القياس كما اذا اشترى بخمر او خنزير وفي الاستحسان يجب المسمى وينقلب العقد صحيحا لان المعقود عليه
صار معلوما بالاستعمال لان الاجارة تنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع والفساد كان لاجل الجهالة
فاذا ارتفعت في وقت الزراعة لكونه صار كأن الجهالة لم تكن فعادت صحيحة ولهذا لو استاجر ثوبا ولم يبين
اللابس ثم البس شخصا عادت صحيحة لما ذكرنا وللمستاجر الشرب والطريق لان الاجارة تنعقد للانتفاع ولا انتفاع
الا بهما بخلاف البيع لان المقصود منه ملك الرقبة دون الانتفاع في الحال ولهذا جاز بيع الجحش والارض
السبخة ولا يدخلان فيه من غير ذكر الحقوق على ما مر في البيوع قال رحمه الله والبناء والغرس اي جاز استيجار الارض
للبناء والغرس لانها منفعة معلومة تقصد بعقد الاجارة عادة فتصح كما لو استاجرها للزراعة
قال رحمه الله فان مضت المدة قلعهما وسلمها فارغة لانه يجب عليه تسليمها الى صاحبها غير مشغولة ببنائه
وغرسه وذلك بقلعهما في الحال لانهما ليس لهما حالة منتظرة ينتهيان اليها وفي تركهما على الدوام باجر
او بغير اجر يتضرر صاحب الارض فتعين القلع في الحال بخلاف ما اذا استاجرها للزراعة فانقضت مدة الاجارة
والزرع لم يدرك حيث يترك الزرع على حاله الى ان يستحصد باجر المثل لان لها نهاية معلومة فامكن
رعاية الجانبين فيه وبخلاف ما اذا مات احد المتعاقدين في المدة والزرع لم يدرك حيث يترك بالمسمى
على حاله الى ان يستحصد الزرع وان بطلت الاجارة به لان للزرع نهاية على ما بينا فاذا وجب تركه لدفع الضرر
كان تركه بالمسمى وابقاؤه على ما كان اولى اذ لا فايدة في نقض العقد واعادته على ما كان بخلاف ما اذا غصب ارضا
وزرعها حيث يؤمر بالقلع وان كان له نهاية لانه ابتداء فعله وقع ظلما والظلم يجب اعدامه لا تقريره والمستعير
كالمستاجر حتى اذا رجع المعير قبل ان يستحصد الزرع يبقى باجر الى ان يستحصد دفعا للضرر عنهما ورعاية لحقهما
والقياس ان يقلع في الصورتين كلتيهما لان الارض ملكه فلا توجر بغير اذنه كما في البناء والغرس ووجه الاستحسان
وهو الفرق بين البناء والغرس وبين الزرع قد بيناه قال رحمه الله الا ان يغرم له الموجر قيمته مقلوعا ويتملكه
يعني عند مضي المدة يجب عليه قلع البناء والغرس على ما بيناه الا ان يغرم له الموجر قيمة البناء وقيمة الغرس مقلوعا
هذا اذا كانت الارض تنقص بالقلع لان الواجب دفع الضرر عنهما فاذا كانت ارضه تنقص بالقلع تضرر به
فكان له دفع هذا الضرر بدفع القيمة الى المستاجر وينفرد به لان المستاجر لا يتضرر اذ الكلام في مستحق القلع
والقيمة تقوم مقامه وان كانت الارض لا تنقص بالقلع واراد ان يضمن له قيمته ويكون له البناء فليس له ذلك
الا برضى صاحبه لاستوائهما في ثبوت الملك وعدم ترجح احدهما على الاخر فلا بد من اتفاقهما في الترك بخلاف
القلع حيث ينفرد به احدهما في هذه الحالة دون الاخر على ما بينا في العارية قال رحمه الله او يرضى بتركه فيكون
البناء والغرس لهذا والارض لهذا لان الحق لرب الارض فاذا رضي باستمراره على ما كان باجر او بغير اجر كان له ذلك
قال رحمه الله والرطبة كالشجر لان الرطبة لا نهاية لها كالشجر فتقلع عند انتهاء مدة الاجارة كما تقلع الشجر قال رحمه الله
والزرع يترك باجر المثل الى ان يدرك اي يترك الزرع باجر المثل اذا انقضت مدة الاجارة قبل ادراكه
لان له نهاية معلومة وقد ذكرناه ونظايره والفرق بينه وبين البناء والغرس انفا قال رحمه الله والدابة
للركوب والحمل والثوب ليلبس يعني يجوز استيجار هذه الاشياء لما ذكرنا لان لها منافع معلومة
ويعتاد استيجارها فجاز كساير الاعيان المعهودة قال رحمه الله وان اطلق الركوب واللبس من شاء اي اطلق
الركوب او اللبس جاز ان يركب الدابة ويلبس الثوب والمراد بالاطلاق ان يقول على ان يركبها من شاء او يلبس
الثوب من شاء لانه يختلف باختلاف الراكب واللابس فلا يجوز الا بالتعيين او بان يشترط ان يفعل ما شاء
على نحو ما ذكرنا في الزراعة اذ كل واحد منهما يختلف فلا فرق بينهما وهذا لان الركوب والحمل واللبس
يختلف كل واحد منهما اختلافا فاحشا فلهذا لو عين لا يفيها وخالف يضمن اذا هلكت العين ولا اجر له
كما في الزراعة وذكر هذا المعنى في المبسوط وفي الذخيرة وفي شرح الطحاوي والمغني وذكر التاويل الذي

مطلب
وللمستاجر الشرب والطريق

اي اذا انقضت مدة الاجارة قلع
البناء والغرس وسلم الارض الى
الموجر فارغة

مطلب
فيما لو مضت المدة ولم يدرك الزرع
يترك باجر مثل الى ان يستحصد
بخلاف زرع الغاصب فلا يترك

مطلب
والمستعير كالمستاجر

مطلب
فيما لو غرم الموجر قيمة البنا
مقلوعا فيه تفصيل

لهذا من

ذكرناه في الكافي وفي الخلاصة ولو لم يبين ولم يقل ان يفعل فيها ما يشاء فسدت الاجارة للجهالة فلو
ركب او ركب بنفسه او لبس او البس وجب عليه المسمى استحسانا وفي القياس عليه اجر المثل لانه استوفى المنفعة
بحكم عقد فاسد ووجه الاستحسان ان المفسد هو الجهالة التي تفضي الى المنازعة وقد زال فيزول الفساد
لان الجعل التعيين في الانتهاء كالتعيين في الابتداء ولا ضمان عليه اذا هلكت العين لانه غير متعد لعدم
المخالفة سواء لبس بنفسه او البس غيره بخلاف ما اذا عين له من يلبس ومن يركب فالبس او اركب غيره
حيث يضمن لانه صار مخالفا ولو قال على ان يركب او يلبس من شاء فاركب غيره او ركب هو بنفسه ليس له
ان يركب او يلبس غيره لانه تعين مرادا من الاصل فصار كانه نص عليه من الابتداء ذكره في الكافي قال رحمه الله
وان قيد براكب ولابس فخالف ضمن لان التقييد مفيد لتفاوت الناس في الركوب واللبس فيعتبر فاذا خالف
صار متعديا فيضمن قال رحمه الله وكذا كل ما يختلف بالمستعمل اي يضمن مثله في كل شيء يختلف باختلاف المستعمل
اذا كان مقيدا وخالف لما ذكرنا من المعنى قال رحمه الله وفيما لا يختلف به بطل تقييده كما لو شرط سكنى واحد له ان
يسكن غيره يعني فيما لا يختلف باختلاف المستعمل كالدور للسكنى لا يعتبر تقييده حتى اذا شرط سكنى رجل بعينه
في الدار له ان يسكن غيره لان التقييد لا يفيد لعدم التفاوت وما يضر بالبناء كالحدادة ونحوها خارج بدلالة
العادة على ما مر والفسطاط كالدار عند محمد لانه للسكنى مثل الدار وعند ابي يوسف هو كاللبس لاختلاف
الناس في نصبه وضرب اوتاده واختيار مكانه قال رحمه الله وان سمى نوعا وقدرا ككر بر له حمل مثله واخف
لا اضر كالملح يعني لو سمى نوعا وقدرا يحمله على الدابة مثل كر من بر فله ان يحمل عليها ما هو مثله واخف
منه في الضرر كالشعير والسمسم وليس له ان يحمل عليها ما هو اضر منه كالملح لانه اذا رضي بشيء يكون راضيا
بكل ما هو مثله او دونه دلالة دون ما هو اضر منه والقياس ان يضمن بالحمل عليها خلاف الجنس كيف ما كان
لانه يتصرف بالامر فليس له ان يخالف الا ترى ان الوكيل بالبيع بالف درهم لو باع بالف دينار لا ينفذ بيعه
ووجه الاستحسان ان التقييد انما يعتبر لو كان مفيدا ولا فايدة في هذه المسئلة في التقييد بكر حنطة
ووضع كر من شعير بل الشعير اخف منه فكان اولى بالجواز حتى لو سمى مقدارا من الحنطة فحمل عليها من الشعير مثل ذلك
بالوزن ضمن لان للتقييد به فايدة لان الشعير يأخذ من ظهر الدابة اكثر مما يأخذه الحنطة فصار كما لو حمل
عليها مثل وزنه تبنا هكذا ذكره في النهاية وعزاها الى المبسوط ثم قال ذكر شيخ الاسلام في شرحه انه لا يضمن
استحسانا وقال وهو الاصح لان ضرر الشعير في حق الدابة عند استوائهما وزنا اخف من ضرر الحنطة لانه يأخذ
من ظهر الدابة اكثر مما يأخذ الحنطة فيكون اخف عليها بالانبساط وقال وبه كان يفتي الصدر الشهيد
ولو حمل عليها مثل وزن الحنطة حديدا او ملحا او اجرا يضمن لانه يجتمع في مكان واحد من ظهرها فيضرها
اكثر ولكن انما يضمن اذا حمل عليها مثل وزن الحنطة قطنا لانه يأخذ من ظهر الدابة اكثر من الحنطة وفيه حرارة
ايضا فكان اضر عليها من الحنطة فصار كما اذا حمل عليها تبنا او حطبا في اصله ان الشيئين متى كان في كل
واحد منهما ضرر فوق ضرر الاخر من وجه لا يستفاد من الاذن في احدهما الاذن في الاخر وان كان هو اخف
ضررا من وجه اخر قال رحمه الله وان عطب بالارداف ضمن النصف ولا معتبر بالثقل لان الدابة قد يعقرها الراكب
الخفيف ويخف عليها ركوب الثقيل لعلمه بالفروسية ولان الادمي غير موزون فلا يمكن معرفته بالوزن
فتعلق الحكم بالعدد كالجراحة في باب الجنايات هذا اذا كانت الدابة بحيث تطيق حمل الاثنين وان كانت لا
تطيق ضمن جميع قيمتها ذكره في الكافي قالوا هذا اذا كان الرديف يستمسك بنفسه وان كان صغيرا لا يستمسك
يضمن بقدر ثقله وقال في النهاية وقوله عطب بالارداف لتقييده به احتراز عما اذا حمله الراكب على عاتقه
فانه يضمن جميع القيمة لان ثقل الراكب مع الذي حمله على عاتقه يجتمعان في مكان واحد فيكون اشق على الدابة
ذكره في النهاية وقال يضمن جميع القيمة وان كانت الدابة تطيق حملهما ثم ذكر في المختصر انه يضمن نصف القيمة

فائدة يعتبر عدد الجارح فان من جرح انسانا
جراحة واحدة وجرحه اخر جراحات ومات منها
ينتصف الضمان فربما يهلك الانسان
من جراحة ولا يهلك من عشر جراحات

مطلب
في ضمان المستاجر

ولم يذكر كم يجب عليه من الاجر قال في النهاية وفي المحيط انه يجب عليه جميع الاجرة اذا هلكت بعد ما بلغت مقصده
ونصف القيمة ثم للمالك الخيار ان شاء ضمن الرديف وان شاء ضمن الراكب فالراكب لا يرجع بما ضمن والرديف
يرجع ان كان مستاجرا والا فلا **قال** وبالزيادة على الحمل المسمى ما زاد اى اذا استاجرها ليحمل عليها شيئا مقدارا
فحمل عليها اكثر منه فعطبت يضمن ما زاد الثقل لانها هلكت بما هو ماذون فيه وغير ماذون والسبب الثقل فانقسم
عليهما الا اذا كانت الدابة لا تطيق حمل مثله فيجب عليه جميع قيمتها لعدم الاذن فيه فيكون اهلاكا واوجب
الضمان هنا بحساب الزيادة اذا كانت الدابة تطيق ذلك واذا حمل عليها جنسا اخر غير المسمى وجب جميع القيمة
وكذا لو استاجر ثورا ليطحن حنطة مقدارة فزاد لم يوجب بحساب الزيادة بل اوجب جميع القيمة لان الدابة
هلكت بغير الماذون فيه فيجب عليه جميع القيمة وفيما اذا زاد عليها من جنس الماذون فيه هلكت بالمجموع
فسقط حصة الماذون ويجب بقدر ما تعدى حتى لو حملها المسمى وحده ثم حملها الزيادة وحدها فعطبت
يضمن جميع قيمتها لانها هلكت بالزيادة وحدها **قال** و بالضرب والكبح اى يضمن بهما اذا هلكت
وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمن اذا فعل فعلا معتادا لان المتعارف يدخل تحت المطلق فكانت
هالكة بالماذون فيه ولابي حنيفة رحمه الله ان الاذن مقيد بشرط السلامة اذ السوق يتحقق بدونه وانما الضرب
للمبالغة فصار كضرب الزوجة والمرور على الطريق بخلاف ضرب القاضي الحد او التعزير او فصد الفصاد
حيث لا يضمن اذا هلك به لان الحد والتعزير واجب عليه وكذا الفصد على الفصاد لالتزامه بعقد الاجارة
والضمان لا يجب بالواجب وهذا بخلاف ما اذا ضرب العبد المستاجر حيث يضمن بالاتفاق والعذر لهما
انه لو لم يضربه لفهمه فلا ضرورة الى الضرب وعلى هذا الخلاف المذكور ضرب الاب والوصي الصغير اذا لم
يتجاوز ضرب مثله للتاديب حيث تجب الدية والكفارة عنده وعندهما لا تجب الدية لان الضرب
لصلاح الصغير فكان معينا به اذ منفعته عائدة عليه وهو ماجور عليه فصار كضرب المعلم اياه باذن الولي
لان المعلم ليس له ولاية الضرب وانما يستفيده منه بخلاف الزوج يضرب امراته لانه مطلق له لمنفعة نفسه
فصار كالرمي الى الصيد فيشترط فيه السلامة ولابي حنيفة ان منفعة الصغير كالواقع له لقيام البعضية
بينهما الا ترى ان شهادته له كشهادته لنفسه ووضع الزكاة فيه كوضعه في نفسه بخلاف ضرب المعلم
باذن الاب لان الاذن بالضرب صح من الاب لما فيه من ولاية ضربه تاديبا واذا صح كان المعلم معينا للاب
اذ لا منفعة للمعلم فيه ولا ضمان على المعين ولا ضمان على الاب ايضا فيما ضرب المعلم لانه ما رأى من التاديب
لم يصر منقولا اليه لانه يصح لقدر ما يملك والزائد من المعلم وهو نظير ما لو رجع شهود الزنا بعد ما جرحه
السياط لا يضمن الامام لانه معين ولا يضمن الشهود لان الجرح لم يجب بشهادتهم **قال** ونزع السرج والايكاف
او الاسراج بما لا يسرج بمثله معناه لو اكترى حمارا بسرج فنزع السرج فاسرجه بسرج لا يسرج بمثله الحمار واوكفه
ضمن جميع قيمته لان الاذن لا يتناول ما لا يسرج بمثله الحمر والاخلاف جنس السرج فيكون متعديا بالاسراج
والايكاف فيضمن جميع قيمته وان اسرجه بسرج يسرج بمثله الحمر لا يضمن لان الاذن قد تناوله بالاسراج
والايكاف فيضمن جميع قيمته اذ لا فائدة في التقييد بالمعين الا اذا كان زائدا في الوزن فحينئذ يضمن الزيادة
بحسابه وقالا الايكاف كالسرج حتى لا يضمن اذا كان بمثله يوكف الحمر الا اذا كان زائدا على السرج الذي كان
عليه فيضمن الزيادة بحسابه كما في السرج لانه هو والسرج سواء فاذا رضي بالسرج يكون راضيا بمثله
من الايكاف وجوابه ما ذكرنا ان الجنس يختلف لان الايكاف للحمل والسرج للركوب وكذا ينبسط احدهما
على ظهر الدابة ما لا ينبسط الاخر فصار نظير اختلاف الحنطة والحديد وقال في النهاية ذكر هذه المسئلة
في الاجارات فقال يضمن بقدر ما زاد وهو قول ابي يوسف ومحمد ثم قال من مشايخنا من قال ليس في المسئلة
اختلاف الروايتين عن ابي حنيفة رحمه الله لانه لم يذكر في الجامع الصغير انه ضامن لجميع القيمة ولكنه

قال هو

مطلب في الرجوع على الراكب او الرديف

مطلب في ضمان المستاجر بالزيادة على الماذون فيه

مطلب يضمن بالايكاف او الاسراج بسرج لا يسرج بمثله الحمر

قال هو ضامن ولم يبين قدر ما يضمن فكان المطلق محمولا على المقيد ومنهم من قال عن ابي حنيفة روايتان
في رواية الاجارات يضمن بقدر ما زاد وفي رواية هذا الكتاب يضمن جميع القيمة قال شيخ الاسلام وهو الاصح
وتكلموا على معنى قولهما انه يضمن بحسابه وهو احدى الروايتين عن ابي حنيفة فمنهم من قال انه مقدر
بالمساحة حتى اذا كان السرج ياخذ من ظهر الدابة قدر شبرين والايكاف قدر اربعة اشبار فيضمن بحسابه
وقيل يعتبر بالوزن **قال** وسلوك طريق غير ما عينه وتفاوتا اى يجب الضمان اذا عين المكاري
طريقا وسلك هو غيره وكان بينهما تفاوت بان كان المسلوك اوعر او ابعد او اخوف بحيث لا يسلك
لان التقييد صحيح لكونه مفيدا فاذا خالف فقد تعدى فيضمن قيمته ان هلك وان لم يهلك وبلغ
فله الاجر استحسانا لارتفاع الخلاف ولا يلزم اجتماع الاجرة والضمان لانهما في حالتين لانه على
تقدير السلامة يجب الاجر وعلى تقدير التلف يجب الضمان والمحظور اجتماعهما في حالة واحدة
ونظيره العبد المحجور عليه اذا اجر نفسه فان تلف في العمل يجب على المستاجر الضمان وان سلم وجب
عليه الاجر وان لم يسلكه وهلك المتاع فلا ضمان عليه لان الظاهر فيما يسلكه الناس عدم التفاوت وقال
في الكافي والهداية هذا اذا لم يكن بين الطريقين تفاوت لانه عند عدم التفاوت لا يصح التعيين
لعدم الفائدة اما اذا كان بينهما تفاوت يضمن لصحة التقييد فجعلوه كالطريق الذي لا يسلكه الناس
قال وحمله في البحر الكل وان بلغ فله الاجر اى يضمن جميع قيمته بحمله في البحر ان هلك والقماش وان
سلم فله الاجر وقوله الكل عائد الى المسائل التي تقدمت لانها من عند قوله وبالضرب والكبح الى هنا
لان الواجب في جميعها جميع القيمة وانما ضمن فيما اذا حمله في البحر لان التفاوت فيه فاحش وكذا ليس
للمودع ان يسافر بالوديعة في البحر ولو سلم يجب المسمى استحسانا لحصول المقصود وارتفاع الخلاف
قال وبزرع رطبة واذن بالبر ما نقص اى اذا اذن له ان يزرع الارض حنطة يجب عليه ضمان نقصان
الارض بزرع الرطبة لان الرطاب اكثر ضررا بالارض من الحنطة لانتشار عروقها وكثرة الحاجة الى
سقيها فكان خلافا الى شر مع اختلاف الجنس فيجب عليه جميع النقصان بخلاف ما اذا استاجر دابة للركوب
او للحمل فاردف معه غيره او زاد على المحمول على قدر المسمى حيث يجب عليه من الضمان بحسابه لانها تلفت
بما هو ماذون فيه وغير ماذون فيه فيجب عليه بقدر ما تعدى وهذا لانه استوفى المشروط وزاد فيجب
عليه بسبب الزيادة الضمان وهنا لا يمكن ان يجعل مستوفيا المنفعة الارض بقدر زراعة الحنطة ثم زاد عليه
لان الجنس يختلف وانما يعتبر ذلك عند اتحاد الجنس الا ترى انه لو استاجر دابة ليحمل عليها حنطة
فحمل عليها حديدا او ملحا مثل وزنه يضمن كل القيمة لما قلنا وهو نظيره **قال** ولا اجر اى لا يجب له
الاجر لانه لما خالف صار غاصبا واستوفى المنفعة بالغصب ولا تجب الاجرة به وانما تجب بالاستيفاء بعقد
الاجارة وهما لا يجتمعان لاستحالة ان يكون الشيء الواحد ماذونا فيه وغير ماذون فيه ولهذا لا يجتمع
الضمان والاجر وان زرع فيها ما هو اقل ضررا من الحنطة لا يجب عليه الضمان ويجب عليه الاجر لانه خلاف
الى خير فلم يصر به غاصبا **قال** وبخياطة قباء وامره بقميص قيمة ثوبه وله اخذ القباء ودفع
اجر مثله معناه اذا امره ان يخيط له ثوبه قميصا يجب عليه ضمان قيمته اذا خاطه قباء وان شاء اخذ
القباء ودفع له اجر مثله قيل اراد بالقباء القرطق وهو الذي يلبسه الاتراك مكان القميص وهو ذو طاق
واحد وقال ظهير الدين القميص اذا قد من قبل كان قباء طاق وقباء طاق اذا خيط جانباه كان قميصا
وهو المراد بالقرطق لانه يستعمل استعمال القميص والقباء فيثبت له الخيار وفي غيره لا يثبت له الخيار
بل يضمنه القيمة وقيل الجواب يجري على اطلاقه في الكل واطلاقه يدل على ذلك ووجهه ان القباء والقميص
متقاربان في المنفعة واجزاؤهما واحد وهو الكم والذيل والدخريص وعن ابي حنيفة انه لا خيار لرب الثوب

مطلب في مخالفة المستاجر الطريق

كان الطريق مما ...

مطلب فيما اذا خالف في الحمل كما له الا ان يجبر ...

مطلب المستاجر المخالف كالغاصب فلا اجر له

كما تقدم

وان زرع فيها ما هو اقل ضررا من الحنطة لا ضمان عليه

لا يجاوز به المسمى ...

مطلب في مخالفة الخياط

في الكل بل يضمنه قيمة الثوب رواه الحسن عنه لان القباء جنس اخر غير جنس القميص فصار مخالفا من كل وجه
فبقي غاصبا محضا ووجه الظاهر انه قميص من وجه لانه يمكنه شده والانتفاع به انتفاع القميص
فصار موافقا من هذا الوجه وهو مخالف من حيث التقطيع والقالب فيميل الى ايهما شاء فان مال الى الخلاف
ضمنه قيمته وصار الثوب للخياط وان مال الى الوفاق ياخذ القباء ويعطيه اجر مثله لا يجاوز به المسمى
لان صاحب الثوب لم يرض بالمسمى الا مقابلا بخياطة القميص فاذا خالف فات رضاه فلا يجب عليه المسمى
والخياط لم يخطه مجانا فيجب عليه اجر مثله لا يجاوز به المسمى لان المنافع لا تتقوم الا بالعقد او شبهته
والبقي فيما زاد على المسمى عقد ولا شبهة فلا تتقوم ولا يجب ولهذا المعنى قلنا لو خاطه قميصا مخالفا لما وصفه
يجب عليه اجر المثل ولا يجاوز به المسمى ولو خاطه سراويل وقد امره بالقباء ضمن من غير خيار للتفاوت في
المنفعة والهيئة وقيل يخير وهو الاصح لوجود الاتحاد في اصل المنفعة من حيث الستر ودفع الحر والبرد
ولوجود الموافقة في نفس الخياطة فصار كما اذا دفع الى رجل نحاسا فامره بان يضرب له سبيكة الاواني
فضرب له خلافه فانه يخير فكذا هذا

باب الاجارة الفاسدة

قال رحمه الله تفسد الاجارة بالشروط
لانها بمنزلة البيع الا ترى انها تقال وتفسخ فتفسدها الشروط التي لا يقتضيها العقد كالبيع وهذا لان
المنافع بالعقد يكون لها قيمة وتصير به مالا فتعتبر الاجارة بالمعاوضة المالية دون ما سواها من النكاح
والخلع والصلح عن دم العمد واشباهها قال رحمه الله وله اجر مثله لا يجاوز به المسمى هذا اذا لم يكن
الفساد لجهالة المسمى او لعدم التسمية فان كان لجهالة المسمى او لعدم التسمية يجب عليه اجر المثل بالغا ما بلغ
وكذا اذا كان بعضه معلوما وبعضه غير معلوم مثل ان يسمي دابة او ثوبا او يستاجر الدار او الحمام على اجرة
معلومة بشرط ان يعمرها او يرمها وقالوا اذا استاجر دارا على ان لا يسكنها المستاجر فسدت الاجارة ويجب
عليه ان سكنها اجر المثل وقال زفر والشافعي رحمهما الله يجب اجر المثل بالغا ما بلغ في الكل لان المنافع متقومة عندهما
فيجب عليه القيمة بالغة ما بلغت عند تعذر ايجاب المسمى كما في بيع الاعيان وكما اذا كان الفساد لجهالة الاجر
او لعدم التسمية ولنا ان المنافع غير متقومة بنفسها لان التقوم يستدعي سابقة الاحراز وما لا بقاء له لا يمكن
احرازه فلا يتقوم وانما تقومت بالعقد شرعا للضرورة لشدة الحاجة اليها واذا فسدت الاجارة وجب
ان لا تجب الاجرة لعدم العقد والضرورة لان الصحيح منها كاف فلا حاجة الى الفاسد منها الا ان الفاسد من
كل وجه ملحق بصحيحه لكونه تبعا له فكانت الضرورة باقية من وجه لان كل احد لا يهتدي الى الصحيح فمست
الحاجة الى الحاقه به فيكون له قيمة في قدر ما وجد فيه شبهة العقد وهو قدر المسمى فيجب في المسمى بالغا
ما بلغ وفيما زاد على المسمى لم يوجد فيه عقد ولا شبهة فلا يتقوم ويبقى على الاصل بخلاف المبيع لانه
متقوم بنفسه فتجب قيمته بالغة ما بلغت ولا نهاية للمجهول ولا لغير المسمى فيجب بالغا ما بلغ قال رحمه الله
وان اجر دارا كل شهر بدرهم صح في شهر فقط الا ان يسمي الكل لان كلمة كل اذا دخلت على مجهول الافراد معلومة
انصرف الى الواحد لكونه معلوما وفسد في الباقي للجهالة كما اذا باع صبرة من طعام كل قفيز بدرهم
فانه يجوز في قفيز واحد فكذا هذا وهذا عند ابي حنيفة ظاهر لانه سوى بين البابين وهما وافقاه في الشهور
واجازا العقد في الكل في الصبرة والفرق لهما ان الشهور لا نهاية لها فلا يمكن رفع الجهالة فيها
والصبرة متناهية فترتفع الجهالة بالكيل فلهذا اجازاه في الكل ولا معنى لقول من قال من المشايخ ان
العقد صحيح في الشهر الثاني والثالث لتعامل الناس لان التعامل يخالف الدليل فلا يعتبر ثم اذا تم الشهر
كان لكل واحد منهما نقض الاجارة لانتهاء العقد الصحيح بشرط ان يكون الاخر حاضرا وان كان غائبا لا يجوز
عندهما الا بحضرة الاخر وعند ابي يوسف يجوز كانه بناء على الفسخ بشرط الخيار وقد بيناه في البيوع وبتسميته
جملة الشهور تصير المدة معلومة فتصح قال رحمه الله وكل شهر سكن اوله ساعة صح فيه لانه صار معلوما

مطلب فيما اذا استاجر دارا بشرط عدم سكناه فالاجارة فاسدة

مطلب واذا فسدت الاجارة وجب ان لا تجب الاجرة

مطلب وان اجر دارا كل شهر بدرهم صح في شهر فقط

يجوز صح

بالاجماع وقيل لا يجوز صح

في العقد

فيتم العقد فيه بتراضيهما فلا يكون لاحدهما الامتناع من المضي وهذا قول بعض المشايخ وهو القياس
وفي ظاهر الرواية لكل واحد منهما الخيار في الليلة الاولى من الشهر ويومها لانه تبقى لان في اعتبار الساعة
حرجا عظيما والمقصود هو الفسخ في راس الشهر وهو عبارة عن الليلة الاولى ويومها عرفا الا ترى الى ما ذكره
محمد رحمه الله في كتاب الايمان فيمن حلف ليقضين دين فلان راس الشهر فقضاه في الليلة التي يهل فيها الهلال
او في يومها لم يحنث استحسانا ولو فسخ في اثناء الشهر لم ينفسخ وقيل ينفسخ به اذا خرج الشهر لانه امكن
توقيفه الى وقت يملك فيه الفسخ وبه كان يقول محمد ابو نصر بن يحيى بن سلام ولو قال في اثناء الشهر فسخت
راس الشهر ينفسخ اذا اهل الشهر بلا شبهة فيكون فسخا مضافا الى راس الشهر وعقد الاجارة يصح مضافا
فكذا فسخه ولو قدم اجرة شهرين او ثلاثة وقبض الاجرة فلا يكون لواحد منهما الفسخ قدر ما عجل اجرته
لانه بالتقديم زالت الجهالة في ذلك القدر فيكون كالمسمى في العقد قال رحمه الله وان استاجرها سنة
صح وان لم يسم اجرة كل شهر يعني بعد ما سمى الاجرة جملة لان المنفعة صارت معلومة ببيان المدة والاجرة
معلومة فيصح وان لم يبين قسط كل شهر كما اذا استاجر شهرا ولم يبين حصة كل يوم واذا صح وجب ان
تقسم الاجرة على الاشهر على السواء ولا يعتبر تفاوت الاسعار باختلاف الزمان قال رحمه الله وابتداء المدة وقت
العقد يعني ابتداء مدة الاجارة من وقت العقد لان الاوقات كلها سواء في حكم الاجارة وفي مثله يتعين
الزمان الذي يلي العقد كالاجل واليمين ان لا يكلم فلانا شهرا ولانه لو لم يتعين عقيبه لصارت المدة
منكرا مجهولا وبه تبطل الاجارة والظاهر من حال الانسان ان يقصد الصحيح فتعين عقيب العقد بخلاف الصوم
حيث لا يتعين ابتداؤه عقيب اليمين ولا عقيب النذر لان الاوقات في حقه ليست بسواء فانه لا يجوز
في الليل ولا يصير شارعا فيه الا بالعزيمة فلا يتعين عقيب السبب هذا اذا كان العقد مطلقا من غير
تعيين المدة وان بين المدة تعين ذلك وهو ظاهر قال رحمه الله فان كان حين يهل تعتبر الاهلة والا فالايام
يعني اذا وقع عقد الاجارة حين يهل او كان اولها بالتعيين كذلك تعتبر شهور المدة بالاهلة وان كان
اولها بعد ما مضى شيء من الشهر تعتبر الشهور بالعدد وهو ان يعتبر كل شهر ثلاثين يوما وهذا عند ابي حنيفة
وهو رواية عن ابي يوسف وقال محمد رحمه الله اذا كان ابتداؤها في غير ابتداء الشهر يعتبر الاول بالايام ويكمل
من الاخير ويعتبر الباقي بالاهلة وهو رواية عن ابي يوسف لان الاهلة هي الاصل في الشهور قال الله تعالى
يسالونك عن الاهلة قل هي مواقيت للناس والايام بدل عن الاهلة الا ترى الى قوله عليه السلام صوموا لرؤيته
وافطروا لرؤيته فان غم عليكم الهلال فاكملوا عدة شعبان ثلاثين يوما ولا يصار الى البدل الا عند
تعذر الاصل ولا تعذر الا في الشهر الواحد وهو الاول وقد امكن تكميله من الاخير فيكمل ويبقى غيره على الاصل ولابي حنيفة انه
لما تعذر اعتبار الشهر الاول بالاهلة تعذر الباقي ايضا بالاهلة لان الشهر الاول يجب تكميله مما يليه والا لزم
ان يكون الثاني والثالث وجميع الاشهر التي بعده قبل الاول وهو محال فاذا كمل من الثاني انتقص الاخر فوجب تكميله
من الذي يليه وكذا كل شهر الى اخر المدة فوجب اعتباره بالايام ضرورة ونظيره العدة وقد بيناه في الطلاق
قال رحمه الله وصح اخذ اجرة الحمام لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم دخل الحمام بالجحفة ولتعارف الناس وقال
عليه السلام ما رآه المومنون حسنا فهو عند الله حسن ومن العلماء من كره الحمام لما روي عن عمارة بن عقبة انه قال قدمت
على عثمان بن عفان فسالني عن مالي فاخبرته ان لي غلمانا وحماما له غلة فكره لي غلة الحجامين وغلة الحمام
وقالوا انه بيت الشيطان فسماه رسول الله صلى الله عليه وسلم شر بيت فانه تكشف فيه العورات وتصب فيه
الغسالات والنجاسات ومنهم من فصل بين حمام الرجال وحمام النساء فقالوا يكره اتخاذ حمام النساء لانهن
ممنوعات من الخروج وقد امرن بالقرار في البيوت فاجتماعهن قلما يخلو عن الفتنة وقد روي ان نساء دخلن
على عائشة رضي الله عنها فقالت انتن من اللاتي يدخلن الحمامات وامرت باخراجهن والصحيح انه لا باس ببناء الحمامات

في صح

مطلب لا اعتبار بتفاوت الاسعار باختلاف الزمان

مطلب فان وقع العقد في اول الشهر كان حسابه بالمدة بالاشهر

بتقديم الجيم على الحاء

الرجال والنساء جميعا الحاجة اليه لان النساء يختص اليها الاغتسال من الرجال بل حاجتهن اكثر لكثرة اسباب
الاغتسال في حقهن من الحيض والنفاس والجنابة واستعمال الماء البارد قد يضر وقد لا يتمكن من الاستيعاب
به وازالة الوسخ مقصود وذلك يحصل بدخول الحمام وكراهة عثمان وعائشة رضي الله عنهما محمول
على انه اذا كان يؤدي الى كشف العورة قال رحمه الله والحجام اي جاز اخذ اجرة الحجام لما روي انه عليه السلام احتجم
واعطى اجرته ولانه جرى التعارف بين الناس من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا فانعقد اجماعا
عمليا وقالت الظاهرية لا يحل لما روي انه عليه السلام نهى عن عسب التيس وكسب الحجام وقفيز الطحان
قلنا هذا الحديث منسوخ بما روي انه عليه السلام قال له رجل ان لي عيالا وغلاما حجاما افاطعم عيالي من كسبه
قال نعم قال رحمه الله لا اجرة عسب التيس اي لا يجوز اخذ اجرة عسب التيس لقوله عليه السلام ان من السحت اجر
عسب التيس ومهر البغي وكسب الحجام ولانه عمل لا يقدر عليه وهو الاحبال فلا يجوز اخذ الاجر عليه ولانه
اخذ المال بمقابلة الماء وهو نجس مهين لا قيمة له فلا يجوز اخذ الاجر عليه قال رحمه الله والاذان والحج والامامة
وتعليم القران والفقه يعني لا يجوز اخذ الاجر على هذه الاشياء وقال الشافعي يجوز في كل ما لا يتعين على الاجير
لانه استيجار على عمل معلوم غير متعين عليه فيجوز وكونه عبادة لا ينافي ذلك الا ترى انه يجوز الاستيجار
على بناء المسجد واداء الزكوة وكتابة المصحف والفقه ولنا قوله عليه السلام اقرأوا القران ولا تأكلوا به
وعهد عليه السلام الى عثمان بن ابي العاص وان اتخذت مؤذنا فلا تأخذ على الاذان اجرا ولان القربة متى وقعت
كانت للعامل فلا يجوز له ان ياخذ الاجر على عمل وقع له كما في الصوم والصلاة ولان التعليم مما لا يقدر
عليه المعلم الا بمعنى من جهة المتعلم فيكون ملتزما ما لا يقدر على تسليمه فلا يجوز بخلاف بناء المسجد
واداء الزكوة وكتابة المصحف والفقه فانه يقدر عليه الاجير وكذا الاجر يكون للامر لوقوع الفعل
عنه نيابة ولهذا لا يشترط اهلية المامور فيها بل اهلية الامر حتى جاز ان يستاجر الكافر فيها ولا يجوز
فيما نحن فيه والاصل فيه ان كل شيء جاز ان يستاجر الكافر عليه جاز ان يستاجر المسلم عليه وما لا فلا قال رحمه الله تعالى
والفتوى اليوم على جواز الاستيجار لتعليم القران وهو مذهب المتاخرين من مشايخ بلخ استحسنوا ذلك
وقالوا بنى اصحابنا المتقدمون على ما شاهدوا من قلة الحفاظ ورغبة الناس فيهم وكان لهم عطيات
من بيت المال وافتقاد من المتعلمين في مجازات الاحسان بالاحسان من غير شرط مروة يعينونهم على معاشهم
ومعادهم وكانوا يفتون بوجوب التعليم خوفا من ذهاب القران وتحريضا على التعليم حتى ينهضوا لاقامة
الواجب فيكثر حفاظ القران واما اليوم فذهب ذلك كله واشتغل الحفاظ بمعائشهم وقل ما يعلم حسبة
ولا يتفرغون له ايضا فان حاجتهم تمنعهم من ذلك فلو لم يفتح لهم باب التعليم بالاجر لذهب القران
فافتوا بجوازه لذلك ورأوه حسنا وقالوا الاحكام قد تختلف باختلاف الزمان الا ترى ان النساء كن
يخرجن الى الجماعات في زمان النبي صلى الله عليه وسلم وفي زمان ابي بكر رضي الله عنه حتى منعهن عمر رضي الله عنه
واستقر الامر عليه وكان ذلك هو الصواب وكان الامام ابو بكر محمد بن الفضل يقول يجب الاجر ويحبس
عليها وقال في النهاية يفتى بجواز الاستيجار على تعليم الفقه ايضا في زماننا ثم قال وفي روضة الزندويسي
كان شيخنا ابو محمد عبد الله الخيزاخزي يقول في زماننا يجوز للامام والمؤذن والمعلم اخذ الاجر قال
كذا في الذخيرة ولا يجوز استيجار المصحف وكتب الفقه لعدم التعارف قال رحمه الله ولا يجوز على الغناء
والنوح والملاهي لان المعصية لا يتصور استحقاقها بالعقد فلا يجب عليه الاجر من غير ان يستحق
هو على الاجير شيئا اذ المبادلة لا تكون الا باستحقاق كل واحد منهما على الاخر ولو استحق عليه المعصية
لكان ذلك مضافا الى الشارع من حيث انه شرع عقدا موجبا للمعصية تعالى الله عن ذلك علوا كبيرا
ولان الاجير والمستاجر مشتركان في منفعة ذلك في الدنيا فتكون الاجارة واقعة على عمل هو فيه شريك

مطلب جواز الاستيجار لتعليم القران

ذكره في النهاية

ذكره في النهاية معزيا الى الذخيرة وان اعطاه الاجر وقبضه لا يحل له ويجب عليه رده الى صاحبه وفي المحيط
في كتاب الاستحسان اذا اخذ المال من غير شرط يباح له لانه اعطاه المال عن طوع من غير عقد ولو استاجر ولي
القصاص رجلا ليقتل له فلا اجر له خلافا لمحمد رحمه الله ولو استاجر القاضي رجلا ليقوم في مجلس القضاء يقيم
الحدود جاز ولو استاجره للحدود والقصاص لم يجز ولو استاجر لاستيفاء القصاص فيما دون النفس جاز
قال رحمه الله وفسد اجارة المشاع الا من الشريك وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يجوز بشرط بيان نصيبه
وان لم يبين نصيبه لا يجوز في الصحيح لهما ان للمشاع منفعة وتسليمه ممكن بالتخلية او بالتهايؤ ولهذا
يجب اجر المثل عنده فصار كما اذا اجر من شريكه او من رجلين وكالشيوع الطارئ بان مات احد المستاجرين
وكالعارية وهي اقرب اليها لان العارية للانتفاع بها الا انها بلا عوض فلو لم يمكن الانتفاع بها لما جاز
اعارته فاذا جاز اعارته فاولى ان يجوز اجارته لان تاثير الشائع في منع التبرع اقوى من تاثيره في منع
المعاوضة الا ترى ان هبة الشائع لا تجوز وبيعه يجوز ولابي حنيفة ان المقصود من الاجارة الانتفاع ولا انتفاع
بالمشاع لا يمكن ولا يتصور تسليمه بخلاف البيع لان المقصود فيه الملك وهو امر حكمي فامكن فيه فيجوز والانتفاع
حسي فلا يمكن بالمشاع فبطل الا ترى انه يجوز بيع الجحش دون اجارته لما قلنا والتخلية اعتبرت تسليما في محل يتمكن
وفي المشاع لا يتمكن من الانتفاع به ولا من القبض فكيف يجعل تسليما ولا معتبر بالتهايؤ لانه يستحق حكما للملك
المنفعة فيصار اليه عند الحاجة الى القسمة بعد الملك لان حكم العقد يعقبه والقدرة على التسليم شرط
لجواز العقد وشرط الشيء يسبقه فلا يتصور ان يكون شرط الثبوت كونه حكما فيفسد بخلاف ما اذا اجره
من شريكه لانه لا شيوع في حقه اذ الكل في يده غير ان النصف بحكم الملك والنصف الاخر بحكم الاجارة ولا معتبر
باختلاف السبب عند اتحاد الحكم على انه روي عنه انه لا يجوز لان استيفاء المنفعة يتناولها العقد
ولا يتاتى الا بغيرها وهو منفعة نصيبه وذلك مفسد للعقد كمن استاجر رحى المقراض لقرض الثياب
وبخلاف ما اذا اجر من رجلين لان العقد اضيف الى الكل ولا شيوع فيه وانما الشيوع يظهر حكما بتفرق الملك
فيما بينهما وهو طارئ وكذا اذا مات احد المستاجرين انفسخ العقد في نصيب الميت وبقي في نصيب
الحي شائعا وهو طارئ فلا يضر كالشيوع الطارئ في الهبة وهذا لان الشيوع انما كان مفسدا لكونه مانعا
من القبض ولا حاجة اليه بعد القبض والعارية ليست بلازمة فلا يجب تسليمه وعند التسليم جاز الانتفاع
بجميعه لوجود اذنه في ذلك وصار كله عارية فلا شيوع والحيلة في اجارة المشاع ان يستاجر الكل ثم
يفسخ في النصف فانه يجوز لان الشيوع الطارئ لا يفسد كما في الهبة او يحكم الحاكم بجوازه وفي المغني الفتوى
على جواز اجارة المشاع على قولهما قال رحمه الله وصح استيجار الظئر باجرة معلومة والقياس ان لا يصح
لانها ترد على استهلاك العين وهو اللبن فصار كاستيجار البقرة والشاة ليشرب لبنها او البستان لياكل ثمره
وجه الاستحسان قوله تعالى فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن وعليها اجماع الامة وقد جرى التعامل به في
الاعصار من غير نكير ولا نسلم ان العقد يرد على العين بل على المنفعة وهو حضانة الصبي وتلقيمه ثديها
وتربيته وخدمته واللبن تابع وانما لا تستحق الاجرة اذا ارضعته بلبن الشاة لانها ما اتت بالواجب
وهو الارضاع وتلقيمه ثديها والعين قد تدخل تبعا للمنفعة كما لو استاجر صباغا ليصبغ له الثوب
فانه يجوز ويدخل الصبغ فيه تبعا والعقد وارد على المنفعة وهو فعل الصباغة لا على استهلاك العين
بخلاف استيجار البقرة والشاة ليشرب لبنها لان فيه عقد الاجارة ورد على العين مقصودا فافترقا
وقيل العقد يرد على اللبن لانه المقصود لقيام مصالح الصبي به وهو منفعة الثدي ومنفعة كل عضو
على حسب ما يليق به هكذا رواه ابن سماعة عن محمد فانه قال استحقاق لبن الادمية بعقد الاجارة دليل
على انه لا يجوز بيعه وجواز بيع لبن الانعام دليل على انه لا يجوز استحقاقه بعقد الاجارة ولهذا

مطلب الحيلة في اجارة المشاع
وفي المغني الفتوى على جواز اجارة المشاع

لو ارضعته بلبن الشاة في المدة لا تستحق الاجرة والى هذا القول مال شمس الائمة وقال هو الاصح والاولى
اشبه بالفقه واقرب اليه وقال في الكافي هو الصحيح وقد ذكرنا الجواب عما اذا ارضعته بلبن الانعام
قال رحمه الله وبطعامها وكسوتها هذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز وهو قول الشافعي وهو القياس لان
الاجرة مجهولة فصار كما اذا استاجرها بهما للطبخ والخبز وله ان الجهالة لا تفضي الى المنازعة لان العادة
جرت بالتوسعة على الاظآر شفقة على الاولاد لا يناجزها بل يعطيها ما طلبت ويوافقها على مرادها
والجهالة اذا لم تفض الى المنازعة لا تمنع الصحة كبيع قفيز من صبرة طعام بخلاف الطبخ والخبز وغير ذلك
لان الجهالة فيها تفضي الى المنازعة لجريان المماكسة والمضايقة فيها وفي المحيط لو شرطت طعامها
وكسوتها عند ستة اشهر ثم شرطت دراهم مسماة عند الفطام ولم تصف شيئا من ذلك جاز استحسانا
من غير بيان عند ابي حنيفة والمعنى ما بيناه وفي الجامع الصغير فان سمى الطعام دراهم ووصف جنس الكسوة
واجلها وذرعها جاز اي بالاجماع وقالوا معنى تسمية الطعام دراهم ان يجعل الاجرة دراهم ثم يدفع الطعام
مكان الدراهم فيكون معناه على هذا التقدير ان يسمى بدل الطعام دراهم حذف المضاف واقام المضاف
اليه مقامه لكن لا يفهم منه انه اعطى بدل الدراهم طعاما وانما يفهم منه انه سمى بدل الطعام دراهم
لا غير ولو سمى الطعام وبين قدره ووصفه جاز بالاجماع لزوال الجهالة ولا يشترط تاجيله لان المقدرات
الموصوفة في الذمة اثمان ولا يشترط في الثمن ان يكون موجلا بل يجوز حالا وموجلا ويشترط بيان مكان
الايفاء عند ابي حنيفة خلافا لهما وقد بيناه في السلم وفي الكسوة يشترط بيان الاجل ايضا مع بيان الجنس
والقدر لانها لا تثبت موصوفا في الذمة الا سلما فيشترط فيها شرائط السلم قال رحمه الله ولا يمنع الزوج
من وطيها لانه حقه فلا يتمكن المستاجر من ابطاله ولهذا كان للزوج ان يفسخ الاجارة اذا لم يكن يعلم
بها سواء كان تشينه اجارتها بان كان زوجها من الناس او لم تشنه في الاصح كما ان له ان يمنعها
من الخروج وان يمنع الصبي الدخول عليها ولان الارضاع والسهر بالليل يضعفها ويذهب جمالها فكان
له المنع منه كما يمنعها من الصيام تطوعا لكن اذا ثبتت الزوجية باقرارهما ليس له ان يفسخ الاجارة لانهما
لا يصدقان في حق المستاجر كما اذا اقرت المنكوحة المجهولة بالرق لا يسمان تصير رقيقا ولا تصدق
في حق بطلان النكاح ولكن للمستاجر منع زوجها من دخول بيته لان المنزل له قال رحمه الله وان مرضت
او حبلت فسخت اي اذا حبلت المرضعة او مرضت تفسخ الاجارة لان لبن الحبلى والمريضة يضر بالصبي
وهي ايضا يضرها الرضاع فكان لها ولهم الخيار دفعا للضرر عنها وعن الصبي وهذا لان هذه اجارة
والاجارة تفسخ بالاعذار وكذا لو تقيأ لبنها لاهله الفسخ لان ذلك يضر بالصبي وكذا اذا كانت سارقة
لانهم يخافون على متاعهم وعلى حلي الصبي وكذا اذا كانت فاجرة بان تبين فجورها لانها تشتغل عنه بالفجور
بخلاف ما اذا كانت كافرة لان كفرها في اعتقادها لا يضر ذلك بالصبي وقال في النهاية لا يبعد ان يقال
عيب الفجور فيها فوق عيب الكفر الا ترى انه كان في نساء بعض الرسل كامراتي نوح ولوط عليهما السلام
وما بغت امراة نبي قط هكذا قال عليه السلام وكذا اذا كان الصبي لا ياخذ ثديها كان لهم ان يفسخوا
الاجارة وللظئر ايضا ان تفسخ الاجارة اذا كان يحصل لها الاذى منهم وكذا اذا لم تجر لها عادة
بارضاع ولد غيرها لانها ربما لا تعرف عند ابتداء العقد ما تبتلى به من المقاساة والسهر فاذا جربت
ذلك وعرفت انها تتضرر به كان لها فسخه وكذا اذا عيرها به كان لها الفسخ لانها تتضرر به
على ما قيل تجوع الحرة ولا تاكل بثدييها ولو مات الصبي او الظئر انتقضت الاجارة ولو مات ابو الصبي
لا تنتقض لان الاجارة واقعة للصبي لا للاب سواء كان له مال او لم يكن ولهذا لو كان للصبي مال تجب الاجرة
من ماله اذ هي كالنفقة ولو سافرت الظئر او اهل الصبي تفسخ الاجارة لانه عذر الا اذا خرج الاخر معه قال رحمه الله

وعليها اصلاح طعام الصبي لان خدمة الصبي واجب عليها وهذا لانه عرفا وهو معتبر فيما لا نص فيه
وغسل ثيابه منه والطعام والثياب على الوالد وما ذكره محمد من ان الدهن والريحان على الظئر فهو على عادة
اهل الكوفة قال رحمه الله فان ارضعته بلبن شاة فلا اجر لانها لم تات بالعمل الواجب عليها وهو الارضاع
وهذا ايجار وليس بارضاع وهو ما وقع عليه عقد الاجارة وفي المحيط لو استاجر شاة لترضع جديا
او صبيا لا يجوز لان للبن البهائم قيمة فوقعت الاجارة عليه وهو مجهول فلا يجوز وليس للبن المراة
قيمة فلا تقع الاجارة عليه وانما تقع على فعل الارضاع والتربية والحضانة قال رحمه الله ولو دفع غزلا
لينسجه بنصفه او استاجره ليحمل طعامه بقفيز منه او ليخبز له كذا اليوم بدرهم لم يجز لان في الاولى
والثانية جعل الاجر بعض ما يخرج من عمله فيصير في معنى قفيز الطحان وقد نهى عنه عليه السلام وصورته ان
يستاجر ثورا ليطحن له حنطة بقفيز من دقيقها فصار هذا اصلا يعرف به فساد جنسه والمعنى فيه ان
المستاجر عاجز عن تسليم الاجر لانه بعض ما يخرج من عمل الاجير والقدرة على التسليم شرط لصحة العقد
وهو لا يقدر بنفسه وانما يقدر بغيره فلا يعد قادرا فيفسد ولانه جعل الاجر شيئا لا يمكن تسليمه
الا بعمل الاجير العمل الذي يجب عليه بحكم العقد فتكون القدرة التي هي شرط العقد قائمة بحكم العقد فيصير
عاجزا له حكم العقد والشرط لا يصلح حكما لكن الا يصلح قائما به فاذا نسج او حمل فله اجر مثله لا يجاوز
به المسمى بخلاف ما اذا استاجره ليحمل له نصف هذا الطعام بنصفه الآخر حيث لا يجب له شيء من الاجر
لان الاجير ملك النصف في الحال بالتعجيل فصار الطعام مشتركا بينهما في الحال ومن حمل طعاما مشتركا
بينه وبين غيره لا يستحق الاجر لانه لا يعمل شيئا لشريكه الا ويقع بعضه لنفسه فلا يستحق الاجر هكذا
قالوا وفيه اشكال لان احدهما ان الاجرة لا تملك بالصحيحة منها بالعقد عندنا سواء كان عينا او دينا على ما
بيناه من قبل فكيف يملكه هنا من غير تسليم ومن غير شرط التعجيل والثاني انه قال ملكه في الحال وقوله لا
يستحق الاجرة ينافي الملك لانه لا يملكه اذا ملكه الا بطريق الاجرة فاذا لم يستحق شيئا فكيف يملكه وباي سبب
يملكه وكان مشايخ بلخ والنسفي يجيزون حمل الطعام ببعض المحمول ونسج الثوب ببعض المنسوج لتعامل
اهل بلادهم بذلك وقالوا لو لم نجوزه انما لم نجوزه بالقياس على قفيز الطحان والقياس يترك بالمتعارف
ولئن قلنا ان النص يتناوله دلالة فالنص يخص بالتعامل الا ترى ان الاستصناع ترك القياس فيه وخص
عن القواعد الشرعية بالتعامل ومشايخنا رحمهم الله لم يجوزوا هذا التخصيص لان ذلك تعامل اهل بلدة
واحدة وبه لا يخص الاثر بخلاف الاستصناع فان التعامل فيه جرى في كل البلاد وبمثله يترك القياس
ويخص الاثر والحيلة في جوازه ان يشترط قفيزا مطلقا من غير ان يشترط انه من المحمول او من المطحون
فيجب في ذمة المستاجر ثم يعطيه منه ثم الاصل فيه انه متى جعل المستاجر المحمول كله لنفسه وشرط له
الاجر من المحمول فسدت الاجارة فاذا عمل الاجير استحق اجر المثل كمسئلة الكتاب المذكورة ومتى ما جعل
المحمول بعضه له والبعض الباقي اجرة بطلت الاجارة وان حمل لا يستحق شيئا لانه ملكه بالعقد وفي الاولى
لم يملكه على ما بينا وفي الثاني وهو ما اذا استاجره ليخبز له كذا اليوم فلان المعقود عليه مجهول لان
ذكر الوقت يوجب كون المعقود عليه هي المنفعة وذكر العمل مع تقديره الدقيق يوجب كون العمل هو
المعقود عليه ولا ترجيح لاحدهما على الآخر فنفع المستاجر في وقوعها على العمل لانه لا يستحق الاجر الا بالعمل
لكونه اجيرا مشتركا ونفع الاجير في وقوعها على المنفعة لانه يستحق الاجرة بمضي المدة عمل او لم يعمل
فتفسد العقد وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ان الاجارة جائزة ذكر قولهما في كتاب الاجارة من المبسوط
ولم يذكره في الجامع الصغير ويكون العقد على العمل دون اليوم حتى اذا فرغ منه نصف النهار فله الاجر
كاملا وان لم يفرغ في اليوم فعليه ان يعمل في الغد لان المعقود عليه هو العمل لانه المقصود وهو معلوم

ذكر اليوم للتعجيل فكانه استاجره للعمل على ان يفرغ منه فى اول الوقت الامكان فيحمل عليه تصحيحا للعقد
عند تعذر الجمع بينهما ويرجح بكون العمل مقصودا دون الوقت وتقدير المحمول يدل عليه لان الاجارة
اذا وقعت عن المنفعة لا تقدر بالعمل وانما تقدر بالوقت وعن ابي حنيفة انه اذا سمى عملا وقال في اليوم جازت
الاجارة لان كلمة في للظرف لا لتقدير المدة فلا يقتضي الاستغراق فكان المعقود عليه العمل وهو معلوم بخلاف
ما اذا حذفت فانه يقتضي الاستغراق وقد مر نظيره في الطلاق في قوله انت طالق غدا وفي غد وفي العقد لو استاجر
ليخبز له كذا من الدقيق على ان يفرغ منه اليوم يجوز بالاجماع والوقت لابي حنيفة ان اليوم هنا لم يذكر الا لاثبات
صفة في العمل والصفة تابعة للموصوف غير مقصود بالعقد الا ترى انه لو اشترى عبدا على انه خباز او كاتب
لم تكن الكتابة والخبز معقودا عليهما مقصودا حتى لا يقابله شيء من الثمن واما في مسئلة الكتاب ذكر اليوم
قصدا كالعمل وقد اضيف العقد اليهما على السواء وليس احدهما في جعله معقودا عليه باولى من الاخر
لاختلاف اغراض المستاجرين ورغباتهم لان منهم من يميل الى الوقت طمعا في زيادة العمل ومنهم من يميل الى
العمل خوفا من بطالة العامل ومضي الوقت بلا عمل وقد يختلف اغراض الاجراء ايضا فمنهم من يميل الى العمل
كي يفرغ منه بالعجل ويشتغل بعمل اخر ويترجح ومنهم من يميل الى الوقت كي يستحق الاجرة وان لم يعمل فلا
يترجح احدهما على الاخر فيفسد **فصل قال رحمه الله** وان استاجر ارضا على ان يكربها ويزرعها
او يسقيها ويزرعها صح لانه شرط يقتضيه العقد لان الزراعة مستحقة بالعقد ولا تتاتى الزراعة الا
بالسقي والكراب فكان العقد مقتضيا له فلا يفسد **قال رحمه الله** وان شرط ان يثنيها او يكري انهارها او يسرقنها
اى يزرعها بزراعة ارض اخرى لا كاجارة السكنى بالسكنى لان اثر التثنية وكرى الانهار والسرقنة يبقى بعد
انقضاء مدة الاجارة فيكون فيه نفع لصاحب الارض وهو شرط لا يقتضيه العقد فيفسد كالبيع ولان
موجر الارض يصير مستاجرا منافع الاجير على وجه يبقى بعد المدة فيصير صفقة في صفقة وهو مفسد ايضا
لكونه منهيا عنه حتى لو كان بحيث لا يبقى لفعله اثر بعد المدة بان كانت المدة طويلة او كان الريع لا يحصل
الا به لا يفسد اشتراطه لانه مما يقتضيه العقد لان من الاراضي من لا يخرج الريع الا بالكراب مرارا او بالسرقنة
وقد يحتاج الى كرى الجداول ولا يبقى اثره الى القابل عادة بخلاف كرى الانهار ولان اثره يبقى الى القابل عادة
وفي لفظ الكتاب اشارة اليه حيث قال كرى الانهار لان مطلقه يتناول الانهار العظام دون الجداول
واستيجار الارض ليزرعها بارض اخرى ليزرعها الاخر يكون بيع الشيء بجنسه نسئة وهو حرام لما عرف في موضعه
وكذا السكنى بالسكنى او الركوب بالركوب الى غير ذلك من المنافع واليه اشار محمد رحمه الله حين كتب اليه محمد
بن سماعة لم لا تجوز اجارة سكنى دار بسكنى دار بقوله في جوابه له في الكتاب انك اطلت الفكرة
واصابتك الحيرة وجالست الجبائي فكانت منك زلة اما علمت ان اجارة السكنى بالسكنى كبيع القوهي
بالقوهي نسئة وهذا اشكل على القاعدة فانه لو كان كذلك لما جاز بخلاف الجنس ايضا لان الدين بالدين لا يجوز
وان كان بخلاف الجنس ولان العقد على المنافع ينعقد ساعة فساعة على حسب حدوثها على ما بينا من
القاعدة فقبل وجودها لا ينعقد عليها العقد فاذا وجدت فقد استوفيت فلم يبق دينا فكيف يتصور
فيها النسئة فعلم بذلك ان الاحتجاج به غير مخلص والاولى ان يقال ان الاجارة اجيزت على خلاف
القياس للحاجة ولا حاجة الى استيجار المنفعة بجنسها لانه يستغني بما عنده منها فبقي على الاصل
فلا يجوز ولا كذلك عند اختلاف الجنس لان حاجة كل واحد منهما الى المنفعة التي ليست عنده باقية
ثم لو استوفى احدهما المنفعة عند اتحاد الجنس فعليه اجر المثل في ظاهر الرواية وذكر الكرخي عن ابي يوسف
انه لا شيء عليه لان تقوم المنفعة بالتسمية والمسمى بمقابلة المستوفى منفعة وهي ليست بمال متقوم
وجه ظاهر الرواية انه استوفى المنفعة بحكم العقد الفاسد فصار كما اذا لم يسم الاجرة وعند الشافعي يجوز

اى الوصف العمل

استيجار المنفعة بجنسها لان المنفعة جعلت موجودة عنده فيكون بيع الموجود بالموجود **قال رحمه الله** ولو استاجره
لحمل طعام بينهما فلا اجر له كراهن استاجر الرهن من المرتهن اى لو استاجر احد الشريكين صاحبه لحمل
طعام مشترك بينهما لا يستحق الاجر لا المسمى ولا اجر المثل وقال الشافعي رحمه الله تجوز الاجارة وله المسمى
لان الاجارة بيع المنافع فتجوز في الشايع كبيع الاعيان خصوصا على اصله لان المنفعة كالعين عنده فصار
كما اذا استاجر دارا مشتركة بينه وبين غيره ليصنع فيها الطعام او عبدا مشتركا ليخيط له الثياب ولنا
ان العقد ورد على ما لا يمكن تسليمه لان المعقود عليه حمل النصف شايعا وذلك غير متصور لان الحمل فعل حسي
لا يتصور وجوده في الشايع ولهذا لا يحرم وطي الجارية المشتركة وضربها لانهما فعلان حسيان لا يتصور
وجودهما في الشايع ولو تصور لما حرم بخلاف البيع لانه تصرف شرعي فيحتمل وروده على الشايع واذا لم ينعقد
لا يجب الاجر اصلا ولانه ما من جزء يحمله الا وهو شريك فيه فيكون عاملا لنفسه فلا يتحقق تسليم المعقود
عليه لان كونه عاملا لنفسه يمنع تسليم عمله الى غيره وبدون التسليم لا يجب الاجر بخلاف الدار المشتركة
لان المعقود عليه هناك المنفعة ويتحقق تسليمها بدون وضع الطعام وبخلاف العبد المشترك لان المعقود
عليه انما هو ملك نصيب صاحبه وانه امر حكمي يمكن ايقاعه في الشايع وبخلاف اجارة المشاع عند ابي حنيفة
حيث يجب فيه اجر المثل لان فساد العقد فيه للعجز عن التسليم على الوجه الذي اوجبه العقد على ما بينا
لا لانعدام الاستيفاء اصلا فاذا تحقق استيفاء المعقود عليه وجب الاجر وفيما نحن فيه بطلان العقد لتعذر
استيفاء المعقود عليه اصلا من حيث انه عامل لنفسه ولا يتصور ان يكون فيه عاملا لغيره في تلك الحالة
وقوله كراهن استاجر الرهن من المرتهن يعني لا يجوز استيجار الشريك هنا كما لا يجوز للراهن استيجار الرهن لانه
ملكه والمرتهن ليس بمالك حتى يوجره منه وهذا لان حقيقة الاجارة هي تمليك المنافع بعوض والمرتهن غير
مالك للمنافع فلا يملك تمليكها اذ التمليك من غير المالك محال والراهن انما يتمكن من الانتفاع به من حيث انه
مالك له اذ الملك هو المطلق للتصرف الا انه ممنوع عنه بسبب ما تعلق به حق المرتهن فاذا بطل حقه بالاعارة
له صار منتفعا به على انه ملكه لزوال المانع **قال رحمه الله** ومن استاجر ارضا ولم يذكر انه يزرعها او اى شيء
يزرعها فزرعها فمضى الاجل فله المسمى لان الارض تستاجر للزراعة ولغيرها من البناء والمراح ونصب الخيم
وكذا ما يزرع فيها مختلف فبعضه اقل ضررا بها من بعض فلا يجوز حتى يبين انه يزرعها ويبين جنس ما يزرع
فيها فان زرعها ومضى الاجل جاز استحسانا والقياس ان لا يجوز وهو قول زفر لانه وقع فاسدا فلا ينقلب
جائزا وجه الاستحسان ان الجهالة قد ارتفعت قبل تمام العقد فينقلب جائزا كما اذا اسقط الاجل المجهول
قبل مجيئه والخيار الزائد على ثلاثة ايام قبل مجيء اليوم الرابع وهذا على الخلاف **قال رحمه الله** وان استاجر حمارا
الى مكة ولم يسم ما يحمل فحمل ما يحمل الناس فنفق لم يضمن لان العين امانة في يد المستاجر وان كانت الاجارة
فاسدة لان الفاسد معتبر بالصحيح لكونه مشروعا من وجه لانه مشروع باصله دون وصفه فلا يضمن
ما لم يتعد فاذا تعدى ضمن ولا اجر عليه **قال رحمه الله** وان بلغ مكة فله المسمى لان الفساد كان للجهالة بما يحمل
عليها فاذا حمل عليها شيئا يحمل على مثلها تعين ذلك فانقلب صحيحا لزوال الموجب للفساد **قال رحمه الله** وان تشاحا
قبل الزرع والحمل نقضت الاجارة دفعا للفساد اذ الفساد باق قبل ان ترتفع الجهالة بالتعيين بالزرع في
المسئلة الاولى وبالحمل في الثانية ولو استاجر دابة ثم جحد الاجارة في بعض الطريق وجب عليه اجر
ما ركب قبل الانكار ولا يجب الاجر لما بعده عند ابي يوسف لانه بالجحود صار غاصبا والاجر والضمان لا يجتمعان
وقال محمد يجب الاجر كله لانه سلم من الاستعمال فسقط الضمان ذكره في الكافي

باب ضمان الاجير

قال رحمه الله الاجراء على ضربين اجير خاص واجير مشترك الاجير المشترك من يعمل لغير واحد معناه من لا يجب
عليه ان يختص بواحد عمل لغيره او لم يعمل ولا يشترط ان يكون عاملا لغير واحد بل اذا عمل لواحد ايضا

مطلب لا يجوز استيجار الرهن

مطلب لو استاجر ارضا لم يذكر ما يزرع فيها

بدينار

فهو مشترك اذا كان بحيث لا يمتنع ولا يتعذر عليه ان يعمل لغيره والاوجه ان يقال الاجير المشترك من يكون عقده واردا على عمل معلوم ببيان محله ليسلم من النقض والاجير الخاص من يكون عقده واردا على منافعه ولا تصير منافعه معلومة الا بذكر المدة او بذكر المسافة ومنافعه في حكم العين فاذا صارت منافعه مستحقة بعقد المعاوضة لانسان لا يتمكن من ايجابها لغيره بخلاف الاجير المشترك لان المعقود عليه فيه هو الوصف الذي يحدث في العين بعمله فلا يحتاج الى ذكر المدة ولا يمتنع عليه التقبل من مثل ذلك العمل من غيره لان ما استحقه الاول في حكم الدين في ذمته وهو نظير السلم مع بيع العين فان المسلم فيه لما كان دينا في ذمته لا يتعذر عليه بسببه قبول السلم من غيره والبيع لما كان يلاقي العين لا يملك بيعه من غيره بعدما باعه فلهذا كان مشتركا والاول اجير وحد واجير خاص وقد اختلفت عبارات المشايخ في حدهما فقال بعضهم الاجير المشترك من يتقبل العمل من غير واحد والاجير الخاص من يتقبل العمل من واحد وقال القدوري المشترك من لا يستحق الاجر حتى يعمل والاجير الخاص الذي يستحق الاجرة بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل وهذا يؤول الى الدور لان هذا حكم لا يعرفه الا من يعرف الاجير المشترك والخاص وحكمهما ان المشترك له ان يتقبل العمل من اشخاص لان المعقود عليه في حقه هو العمل او اثره فكان له ان يتقبل من العامة لان منافعه لم تصر مستحقة لواحد فمن هذا الوجه يسمى مشتركا والاجير الخاص لا يمكنه ان يعمل لغيره لان منافعه في المدة صارت مستحقة للمستاجر والاجر مقابل بالمنافع ولهذا يبقى الاجر مستحقا وان نقض العمل **قال رحمه الله** ولا يستحق الاجر حتى يعمل كالقصار والصباغ يعني الاجير المشترك لا يستحق الاجرة الا اذا عمل لان الاجارة عقد معاوضة فتقتضي المساواة بينهما فما لم يسلم المعقود عليه للمستاجر لا يسلم له العوض والمعقود عليه هو العمل او اثره على ما بينا فلا بد من العمل **قال رحمه الله** والمتاع في يده غير مضمون بالهلاك سواء هلك بسبب يمكن التحرز عنه كالسرقة او بما لا يمكن كالحريق الغالب والغارة والمكابرة وهذا عند ابي حنيفة وزفر والحسن بن زياد وهو القياس وقالا يضمن الا اذا هلك بامر لا يمكن التحرز عنه لان عمر وعليا رضي الله عنهما كانا يضمنان الاجير المشترك ولان المعقود عليه الحفظ والعقد المعاوضة يقتضي سلامة المعقود عليه عن العيب فيكون المستحق بالعقد حفظا سليما عن العيب الذي هو سبب الهلاك لانه لا يمكنه العمل الا بالحفظ فيكون داخلا تحت العقد فيضمن بالهلاك كما في الوديعة اذا كانت باجر وكما اذا هلك بفعله ولابي حنيفة ومن تابعه ان القبض حصل باذنه فلا يكون مضمونا عليه كالوديعة والعارية ولهذا لا يضمن فيما لا يمكن التحرز عنه كالموت حتف انفه وكالغصب من العدو المكابر ولو كان مضمونا عليه لما اختلف الحال بل كان مضمونا عليه مطلقا كالغصب والقبض على سوم الشراء او بالبيع الفاسد وعكسه الوديعة فانه لا يضمن مطلقا ولا نسلم ان المعقود عليه هو الحفظ بل العمل وانما وجب عليه الحفظ تبعا او اقتضاء لا مقصودا لان العمل لا يتاتى بدون حبس العين ولما لم يكن العمل الا بحبس العين كان له حبسه ولهذا لا يقابله شيء من الاجر ولو كان المعقود عليه هو الحفظ لكان له حصة من الاجر فصار كاجير الوحد بخلاف الوديعة باجر لان الحفظ واجب عليه مقصودا ببدل وبخلاف ما اذا تلف بعمله لان العقد يقتضي سلامة المعقود عليه وهو العمل فاذا لم يكن سليما ضمن وقد روي عن عمر وعلي رضي الله عنهما انهما كانا لا يضمنان الاجير المشترك وهو قول ابراهيم النخعي فتعارضت روايتا عنهما فلا يلزم حجة وقيل هذا اختلاف عصر وزمان وليس بشيء لان الاختلاف موجود بين الصحابة فكيف يتصور ان يحمل على اختلاف الزمان بل الخلاف مبني على ان الحفظ معقود عليه عندهما لانه لا يتمكن من ايفاء المستحق وهو العمل الا بحفظ العين وما لا يتوصل الى الواجب الا به يكون واجبا كوجوبه فكان العقد واردا عليه وعنده لا يكون واردا عليه وقد بيناه وبقولهما يفتى اليوم لتغير احوال الناس وبه يحصل صيانة اموالهم وان شرط الضمان على الاجير المشترك في العقد فان شرط عليه فيما لا يمكن التحرز عنه لا يجوز بالاجماع لانه شرط لا يقتضيه العقد

وفيه منفعة لاحدهما فسدت وان شرط عليه فيما يمكن الاحتراز عنه فعلى الخلاف فعندهما يجوز لانه يقتضيه العقد عندهما وعنده يفسد لان العقد لا يقتضيه فيكون اشتراطه فيه مفسدا **قال رحمه الله** وما تلف بعمله كتخريق الثوب من دقه وزلق الحمال وانقطاع الحبل الذي يشد به الحمال وغرق السفينة من مده مضمون وقال زفر والشافعي ليس بمضمون عليه لانه ماذون فيه فلا يجامعه الضمان كالمعين الدقاق واجير الوحد وهذا لانه عمل ما عمل بامره والامر المطلق ينتظم الفعل بنوعيه المعيب والسليم والتخرق لضعف في الثوب وان كان المعنى في فعله فالاحتراز عنه غير ممكن اذ الدق المصلح ليس في وسعه ولئن كان في وسعه فلا يمكنه التحرز عنه الا بحرج عظيم فيكون ملحقا بما ليس في وسعه فصار كالبزاغ والفصاد والحجام والختان ولهذا لا يضمن تلميذ القصار وهو يعمل بالاجر ولنا ان التلف حصل بعمل غير ماذون فيه فيكون مضمونا كما لو دق الثوب بغير امره وهذا لان الداخل تحت الاذن هو الداخل تحت العقد وهو العمل المصلح لان الاذن ثبت في ضمن العقد على السليم لان مطلق عقد المعاوضة يقتضي سلامة المعقود عليه عن العيوب على ما مر في البيوع فاذا تلف كان التلف حاصلا بما ليس بماذون فيه فصار كما اذا وصف له نوعا من الدق فاتى بنوع اخر بخلاف معين القصار لانه متبرع وعمل المتبرع لا يتقيد بالسلامة لئلا يمتنع الناس عن الاعانة مخافة الغرامة وبخلاف البزاغ والفصاد ونحوهما لان العقد فيه لم يتناول العمل المصلح لان نفس ذلك العمل افساد وانما السلامة المطلوبة من العمل ان يجاوز المعتاد وبعد ذلك السراية والاقتصار مبنيان على قوة المحل في احتمال الالم وسيلان الدم وضعفه عن ذلك وليس في وسعه معرفته والخارج عن الوسع لا يستحق بعقد المعاوضة بحال والتحرز عن التخرق ممكن لانه في وسع القصار بعرفه بالنظر في الثوب ما يحتمله من الدق الا انه ربما يلحقه الحرج فيه وهو ساقط العبرة فيما يلزم العبد بالتزامه وانما يعتبر ذلك في حقوق الله تعالى دفعا للحرج حتى اذا اجتهد واخطأ يكون معذورا وبخلاف اجير الوحد لما بيناه وبخلاف تلميذه لانه اجير الوحد عند استاذه واجير الوحد لا يجب عليه ضمان ويجب على الاستاذ ما افسده التلميذ بعمله لان الاستاذ اجير مشترك دون التلميذ ثم صاحب الثوب بالخيار ان شاء ضمنه قيمته غير معمول ولم يعطه الاجر وان شاء ضمنه معمولا واعطاه الاجر وقد مر نظيره **قال رحمه الله** ولا يضمن به بني ادم ممن غرق في السفينة او سقط من الدابة وان كان بسوقه وقوده لان ضمان الادمي لا يجب بالعقد وانما يجب بالجناية وقيل هذا اذا كان كبيرا ممن يستمسك على الدابة ويركب وحده والا فهو كالمتاع والصحيح انه لا يفترق **قال رحمه الله** وان انكسر دن في الطريق ضمن الحمال قيمته في مكان حمله ولا اجر او في موضع انكسر واجره بحسابه اما الضمان فلانه تلف بفعله لان الداخل تحت العقد عمل سليم والمفسد غير داخل فيضمن على ما بينا واما الخيار فلانه اذا انكسر في الطريق والحمل شيء واحد تبين انه وقع تعديا من الابتداء من هذا الوجه وله وجه اخر وهو ان ابتداء الحمل حصل بامره فلم يكن تعديا وانما صار تعديا عند الكسر فيميل الى اي الجهتين شاء فان مال الى كونه متعديا ضمنه قيمته في الابتداء ولا يجب الاجر لانه تبين انه كان متعديا من الابتداء وان مال الى كونه ماذونا فيه في الابتداء وانما صار متعديا عند الكسر ضمنه قيمته في موضع الكسر واعطاه اجره بحسابه هذا اذا كان الكسر بصنعه بان زلق او عثر وان كان من غير صنعه بان زحمه الناس فانكسر فلا يضمن عند ابي حنيفة لان المتاع امانة عنده وعندهما يضمن قيمته في موضع الكسر لانه سلم العمل بالضالة على ملكه فيعطيه اجره ولا يخير في هذه الصورة عندهما لان العين مضمونة على الاجير المشترك عندهما على ما بينا **قال رحمه الله** ولا يضمن حجام او بزاغ او فصاد لم يتعد الموضع المعتاد لانه التزم بالعقد فصار واجبا عليه والفعل الواجب لا يجامعه الضمان كما اذا احد القاضي او عزر ومات المضروب بذلك الا اذا كان يمكنه التحرز عنه كدق الثوب ونحوه مما ذكرنا من قبل لان قوة الثوب ورقته يعرف بهما يحتمله من الدق بالاجتهاد فامكن تقييده بالسليم منه بخلاف الفصد ونحوه فانه يبتني على قوة الطباع وضعفه ولا يعرف ذلك بنفسه

ولما يحتمله من الحرج فلا يمكن تقييده بالسليم وهو غير الساري فسقط اعتباره الا اذا جاوز المعتاد فيضمن الزايد
نصف مع كله اذا لم يهلك وان هلك يضمن دية النفس لانها تلفت بما ذون فيه وغير ماذون فيه فيضمن بحسابه وهو
النصف حتى ان الختان لو قطع الحشفة وبرى المقطوع يجب عليه دية كاملة لان الزايد هو الحشفة وهو
عضو كامل فيجب عليه الدية كاملة وان مات وجب عليه نصف الدية لما ذكرنا وهي من اندر المسائل واعجبها
حيث يجب الاكثر بالبرء وبالهلاك اقل قال رحمه الله والخاص يستحق الاجر بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل كمن
استوجر شهرا للخدمة او لرعي الغنم اى الاجير الخاص يستحق الاجرة بتسليم نفسه للعمل عمل او لم يعمل سمي اجيرا
خاصا واجير وحد لانه يختص به الواحد وهو المستاجر وليس له ان يعمل لغيره لان منافعه في المدة صارت
مستحقة له والاجر مقابل بها فيستحقه ما لم يمنعه من العمل مانع حسي كالمرض والمطر ونحو ذلك مما يمنع
التمكن من العمل قال صاحب الهداية الاجر مقابل بالمنافع ولهذا يبقى الاجر مستحقا وان نقض العمل قال صاحب
النهاية نقض على البنا المفعول بخلاف الاجير المشترك فانه روى عن محمد في خياط خاط ثوب رجل باجر
ففتقه رجل قبل ان يقبض رب الثوب فلا اجر للخياط لانه لم يسلم العمل الى رب الثوب ولا يجبر الخياط على ان
يعيد العمل لانه لو اجبر عليه كان يجبر بحكم العقد الذي جرى بينهما وذلك العقد قد انتهى بتمام العمل وان كان
الخياط هو الذي فتق فعليه ان يعيد العمل لانه نقض عمله فصار كان لم يخط وكذا الاسكاف والملاح
حتى اذا رد الملاح السفينة او نقض الاسكاف الخياطة اجبر على اعادتها وانما يكون اجير وحد اذا استاجره
لرعي الغنم اذا شرط عليه ان لا يرعى لغيره او ذكر المدة اولا نحو ان يستاجر راعيا شهرا ليرعى له غنما مسماة باجر معلوم
فانه اجير الوحد باول الكلام لانه اوقع الكلام على المدة في اوله وقوله بعد ذلك لترعى الغنم يحتمل ان يكون
لايقاع العقد على العمل فيصير اجيرا مشتركا لان الاجير المشترك هو الذي يقع عقده على العمل ويحتمل ان يكون
لبيان نوع العمل الذي يستحق على الاجير الخاص في المدة فان الاجارة على المدة لا تصح في الاجير الخاص ما لم يبين
نوع العمل فيقول استاجرتك شهرا للخدمة او للرعي او للحصاد فلا يتغير حكم الكلام الاول بالاحتمال فيبقى اجير وحد
ما لم ينص على خلافه ولو شرط حكم الاجير المشترك فقال على ان ترعى غنم غيري مع غنمي او اخر المدة بان استاجره
ليرعى له غنما مسماة باجرة معلومة شهرا كان اجيرا مشتركا لانه جعله اجيرا مشتركا باول الكلام بايقاع العقد
على العمل في اوله وقوله شهرا في اخر الكلام يحتمل ان يكون لايقاع العقد على المدة فيصير اجير وحد ويحتمل ان
يكون لتقدير العمل الذي وقع العقد عليه فلا يتغير اول كلامه بالاحتمال ما لم يصرح بخلافه قال رحمه الله ولا يضمن
ما تلف في يده او بعمله اما الاول فلان العين امانة في يده لانه قبضها باذنه وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله ظاهر
وكذا عندهما لان تضمين الاجير المشترك كان نوع استحسان عندهما صيانة لاموال الناس لانه يتقبل الاعمال
من خلق كثير رغبة في كثرة الاجرة وقد يعجز عن القيام بها فيقعد عنده طويلا فيجب عليه الضمان اذا هلكت
بما يمكن التحرز عنه حتى لا يتوانا في حفظها واجير الوحد يعمل في بيت المستاجر ولا يتقبل الاعمال من غيره فاخذ
فيه بالقياس واما الثاني فلان المنافع صارت مملوكة للمستاجر فاذا امره بالصرف الى ملكه صح وصار نائبا
منابه فصار فعله منقولا اليه كانه فعله بنفسه ولان البدل ليس بمقابلة العمل بدليل انه يستحق الاجر
وان لم يعمل وهذا لان المبيع منفعته وهي سليمة وانما الخرق في العمل الذي هو تسليم المنفعة وذلك
غير معقود عليه فلم يكن مضمونا عليه فلا يشترط فيه سلامته فلا يضمن ما تلف به الا اذا تعمد الفساد
فيضمن للتعدي كالمودع قال رحمه الله وصح ترديد الاجر بترديد العمل في الثوب نوعا وزمانا في الاول وفي الدكان
والبيت والدابة مسافة وحملا اى يجوز ان يجعل الاجر مترددا بين تسميتين بجعل العمل مترددا بين
تسميتين في الثوب بين نوعي العمل بان يجعل له الخيار فيهما مثل ان يقول ان خطته فارسيا فبدرهم وان
خطته روميا فبدرهمين او يجعل العمل فيه مترددا بين زمانين مثل ان يقول ان خطته اليوم فبدرهم

ويقول وترعى غنم غيري مع غنمي مسكين

فصل في الاجارة باحد الشرطين نخر مستخلص

وان خطته غدا فبنصف درهم فانه يجوز في اليوم الاول دون الثاني وهو معنى قوله وزمانا في الاول
اى في المتردد بين زمانين يجوز في الوقت الاول او يجعل المنفعة مترددا في دكان بان قال ان سكنته حدادا
فبدرهمين وان سكنته عطارا فبدرهم او قال في بيت او يجعله مترددا بين مسافتين في الدابة او بين
حملين بان قال اجرتك هذه الدابة الى بغداد بكذا او الى الكوفة بكذا او بان قال له اجرتكها على انك
ان حملت عليها قفطارا من حنطة فبخمسة وان حملت عليها قنطارا من حديد فبعشرة وكذا الى خيره بين
ثلاثة اشياء جاز ولا يجوز اكثر من ذلك على ما بينا في البيوع والمعتبر فيه البيع والجامع دفع الحاجة غير انه
لا يشترط اشتراط الخيار هنا وفي البيع روايتان والفرق على احدهما ان الاجر لا يجب الا بالعمل وعند ذلك
يصير المعقود عليه وهو العمل معلوما وفي البيع يجب الثمن بنفس العقد فتتحقق الجهالة على وجه لا يرتفع
الا باثبات الخيار وفيه خلاف زفر والشافعي وقد بيناه في البيوع فاذا عرف هذا مجملا فلا بد من الكلام
فيه مفصلا ليهتدي الطالب الى معرفة كل واحد منهما بعلتها فنقول اما الاول وهو ما اذا قال ان خطته
فارسيا فبدرهم وان خطته روميا فبدرهمين فانما جاز لانه سمى نوعين معلومين من العمل وسمى لكل منهما
بدلا معلوما فيجوز كما اذا خيره بين عبدين في البيع على ما بينا في موضعه واما الثاني وهو ما اذا قال ان
خطته اليوم فبدرهم وان خطته غدا فبنصف درهم فالمذكور هنا وهو جواز العقد في اليوم الاول دون اليوم
الثاني قول ابي حنيفة وعندهما الشرطان جائزان وعند زفر الشرطان فاسدان لانه اجتمع فيه تسميتان في
اليومين لان المسمى في الغد هو المسمى في اليوم ايضا والمسمى في اليوم هو المسمى في الغد ايضا وانما ذكر اليوم والغد
للتعجيل والترفيه لا غير الا ترى انه لو قال خط لي هذا الثوب غدا بدرهم فخاطه اليوم استحق الدرهم وكذا لو قال
خط لي هذا الثوب بدرهم اليوم فخاطه غدا يستحق الدرهم فاذا كان كل واحد منهما مسمى في الوقتين فسدت
الاجارة لان ذكر البدلين على البدل بمقابلة مبدل واحد مفسد فصار نظير قوله بعته حالا بالف ومؤجلا
بالفين ولهما ان ذكر اليوم للتاقيت وذكر الغد للاضافة فهذا حقيقته واستعمالهما للترفيه والتعجيل مجاز
والكلام لحقيقته حتى يقوم الدليل على المجاز لا سيما اذا كان حمله على المجاز يودي الى الفساد وكل واحد منهما
معلوم وبدلهما معلوم فصار نظير خياطة الرومية والفارسية بخلاف حالة الانفراد لانه لو حمل على التاقيت
لفسد العقد اذ تعين العمل مع تعين الوقت لا يجتمعان فصرفا الى المجاز بدلالة حالهما اذ مقصودهما الصحة
دون الفساد ولابي حنيفة ان اليوم للتعجيل والغد للاضافة والكلام بحقيقته حتى يقوم الدليل على مجازه
وقد قام الدليل على ارادة المجاز في ذكر اليوم وهو التعجيل لان مرادهما الصحة وهو متعين في المجاز لان
تعين العمل مع التوقيت مفسد فان تعين العمل يوجب كونه اجيرا مشتركا وتعين الوقت يوجب كونه اجيرا
مشتركا وبينهما تناف فلا يجتمعان فيفسد فتعين المجاز كيلا يفسد فحملناه على التعجيل وفي الغد لم يقم الدليل
على ارادة المجاز وهو الترفيه بل قام الدليل على ارادة الحقيقة وهو الاضافة والتعليق فتركناه على حقيقته
لانا لو حملناه على الترفيه يودي الى فساد العقد من حيث انه يجتمع في اليوم تسميتان كما قال زفر فوجب
حمله على الاضافة كما هو حقيقته ونقصان الاجر في الغد ايضا يدل على ذلك لان ما يكون للترفيه لا يكون
اجره انقص فاذا كان ذكر اليوم للتعجيل وذكر الغد للتعليق لم يوجد في اليوم الا تسمية واحدة فلم يفسد
فاذا خاطه اليوم وجب عليه الدرهم فاذا جاء الغد فسد لوجود تسميتين فيه لان المعلق يترك يسمى الغد
والتسمية الاولى باقية فيفسد لاجتماع تسميتين في عمل واحد بخلاف خياطة الرومية والفارسية لانه
ليس لاحد العقدين موجب في العمل الاخر فكانا عقدين مختلفين كل واحد منهما ببدل مسمى على الانفراد معلوم
فافترقا فان خاطه فيه يجب عليه اجر المثل لا يزاد على نصف درهم في الصحيح لانه المسمى فيه وفي الجامع الصغير لا ينقص
عن نصف درهم ولا يزاد على درهم لان التسمية الاولى باقية في الغد فيعتبر لمنع الزيادة وتعتبر الثانية لمنع النقصان

اى ذكر اليوم للتعجيل وذكر الغد للتاقيت والاضافة حقيقية والتعجيل والترفيه مجاز والكلام يجري على حقيقته حتى يقوم الدليل على مجازه كيف وقد قام الدليل على المجاز ههنا غير مراد لان العقد يفسد على تقدير المجاز كما قال زفر ولابي حنيفة ان الدليل قد قام على المجاز في ذكر اليوم وهو التعجيل لانه زاد له في الاجر متى خاطه في اليوم ونقص متى اخر فعلم بيان ان ذكر اليوم للتعجيل لا للتاقيت وفي الغد لم يقم الدليل على ارادة المجاز اى الترفيه بل الدليل على ارادة الحقيقة وهي الاضافة والتعليق فاذا ثبت هذا نقول العقد المضاف الى الغد لم يثبت في اليوم فلم يجتمع في اليوم تسميتان فلم يكن الاجر مجهولا جهالة مانعة من التسليم في اليوم والمضاف الى اليوم يبقى الى الغد فيجتمع في الغد تسميتان درهم او نصف درهم فيكون الاجر مجهولا جهالة مانعة من التسليم وهي تمنع جواز العقد فيجب اجر المثل ثم لا يزاد على النصف درهم وقيل لا ينقص عن نصف درهم ولا يزاد على درهم مستخلص

ذلك

في صورة حمل الثوب

اى التوسعة

اى اليوم والغد

ولو خاطه بعد غد فالصحيح انه لا يجاوز به نصف درهم عند ابي حنيفة لانه لم يرض بتاخيره الى الغد باكثر من نصف درهم فاولى ان لا يرضى الى ما بعد الغد والصحيح على قولهما انه ينقص من نصف درهم ولا يزاد عليه
واما الثالث وهو ما اذا قال ان سكنت هذا الدكان عطارا فبدرهم وان سكنته حدادا فبدرهمين فالمذكور قول ابي حنيفة وعندهما لا تجوز هذه الاجارة وعلى هذا الخلاف القسم الرابع وهو ما اذا قال اجرتك هذه الدابة الى بغداد بكذا او الى كوفة بكذا لهما ان الاجرة والمنفعة مجهولان لان الاجر في الاجير الخاص يجب بالتسليم من غير عمل ولا يدري اي العملين يفعله واي التسميتين تجب وقت التسليم بخلاف الخياطة الرومية والفارسية لان الاجر يجب فيه الا بالعمل وبه ترتفع الجهالة وبخلاف الترديد في اليوم والغد لانه عندهما كمسئلة الرومية والفارسية فلا يجب الاجر الا بعد العمل فعند ذلك هو معلوم فهذا هو القاعدة لهما ان الاجر متى وجب بالتسليم لا يجوز ان يكون مترددا بين شيئين عند التسليم لانه لا يدري ايهما يجب والاجارة تفسد ولابي حنيفة رحمه الله انه خيره بين شيئين متغايرين وجعل لكل واحد منهما اجرة معلومة فوجب ان يجوز كما في المسئلة الرومية والفارسية ولان الاجارة تعقد للانتفاع والظاهر انه يستوفي المنافع وعند الاستيفاء ترتفع الجهالة ولو احتيج الى الايجاب بمجرد التسليم عند عدم الاستيفاء بعد التسليم يجب نصف كل واحد من البدلين عند بعض المشايخ اذ ليس احدهما باولى من الاخر فيجعل التسليم لهما والصحيح انه يجب اقل البدلين لانه لا يكون اكثر ضررا من الانتفاع باقلهما ضررا وكذا يجوز اذا خيره بين شيئين بان قال اجرتك هذه الدار شهرا بخمسة او هذه الدار بعشرة او اجرتك هذه الدار بخمسين او هذا الدكان بعشرين وكذا يجوز بين ثلاثة اشيا ولا يجوز اكثر من ذلك والمعنى قد بيناه في البيوع قال رحمه الله ولا يسافر بعبد استاجره للخدمة بلا شرط لان مطلق العقد يتناول الخدمة في الحضر اذ هو الاعم الاغلب وعليه عرف الناس فانصرف اليه اذ المطلق يتقيد بمثل هذا من المتعارف فلا يكون له ان ينقله الى خدمة السفر لانها اشق فصار نظير ما لو استاجر فرسا للركوب وعين الراكب فليس له ان يركب غيره للتفاوت وكذا لو استاجر دارا للسكنى فانه ليس له ان يسكن فيه حدادا او نحوه لانه اضر ومطلق العقد لا يتناوله ولان مؤنة الرد على المولى فيلحقه ضرر بذلك فلا يملكه الا باذنه بخلاف العبد الموصى بخدمته حيث لا يتقيد بالحضر لان مؤنته عليه ولم يوجد العرف في حقه ولا يقال لما ملك منافعه نزل منزلة المولى فيه وللمولى ان يسافر به فكذا هذا لانا نقول انما ملك المولى ذلك لانه يملك رقبته لا لملك المنفعة الا ترى ان للمولى ان يبيع رقبته وان يزوجه ولا يملك المستاجر ذلك فكذا ليس له ان يسافر به الا ان يشترط ذلك او يكون وقت الاجارة متهيئا للسفر وعرف بذلك لان المشروط ملزم والمعروف كالمشروط ولو سافر به ضمن لانه صار غاصبا ولا اجر عليه وان سلم لان الضمان والاجرة لا يجتمعان قال رحمه الله ولا ياخذ المستاجر من عبد محجور اجرا دفعه لعمله معناه لو استاجر شخص عبدا محجورا عليه من نفسه فعمل واعطاه الاجر ليس للمستاجر ان ياخذه منه والقياس له ان ياخذه لان عقد المحجور عليه لا يجوز فبقي على ملك المستاجر لانه بالاستعمال صار غاصبا له ولهذا يجب عليه ضمان قيمته اذا هلك ومنافع المغصوب لا تضمن عندنا فبقي المدفوع على ملكه فكان له ان يسترده وجه الاستحسان ان التصرف نافع على اعتبار الفراغ سالما ضار على اعتبار هلاك العبد والنافع ماذون فيه فيجوز فتخرج الاجرة عن ملكه فليس له ان يسترده وهذا لان العبد محجور عن تصرف يضر المولى لا عن تصرف ينفع المولى الا ترى انه يجوز قبوله الهبة بغير اذن المولى لكونه نفعا في حق المولى وجواز الاجرة بعد ما سلم من العمل تمحض نفعا في حق المولى لانها اذا جازت يحصل للمولى الاجر بغير ضرر ولو لم تجز ضاعت منافع العبد عليه مجانا فتعين القول بالجواز فاذا جازت الاجارة صح قبض العبد الاجرة لانه العاقد وقبض البدل الى العاقد ومتى صح قبضه لا يكون للمستاجر ان يسترده منه بخلاف ما اذا هلك العبد في حالة الاستعمال فانه يجب على المستاجر قيمته واذا ضمن صار هالكا من وقت

الاستعمال فيصير مستوفيا منفعة عبد نفسه فلا يجب الاجر عليه وكذا الصبي المحجور عليه اذا اجر نفسه وسلم من العمل كان الاجر له لانه غير ممنوع عما ينفعه من التصرفات ولهذا يملك قبول الهبة وجواز الاجارة بعد الفراغ نفع محض وفي النهاية الاجر الذي يجب في هاتين الصورتين اجر المثل فان اعتقه المولى في نصف المدة نفذ الاجارة ولا خيار للعبد فاجر ما مضى للمولى واجر ما يستقبل للعبد وان اجره المولى ثم اعتقه في نصف المدة فللعبد الخيار فان فسخ الاجارة فاجر ما مضى للمولى وان اجاز فاجر ما يستقبل للعبد والقبض للمولى لانه هو العاقد قال رحمه الله ولا يضمن غاصب العبد ما اكل من اجره معناه اذا غصب رجل عبدا فاجر العبد نفسه فاخذ الغاصب من يد العبد الاجرة فاكلها فلا ضمان عليه وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا عليه ضمانه لانه اتلف مال الغير بغير اذنه ولا تاويل له لان المال للمولى لان اجارته نفسه جايزة على تقدير السلامة على ما بيناه وكسب العبد للمولى لانه تبع لرقبته فيكون الغاصب متعديا بالاخذ منه والاتلاف فيضمن ولابي حنيفة ان الضمان يجب باتلاف مال محرز متقوم وهذا ليس بمحرز لان الاحراز يكون بيده او بيد نائبه وهذا المال ليس في يده ولا في يد نائبه والعبد ليس في يد نفسه بل هو في يد الغاصب وما في يده يكون في يد الغاصب ايضا تبعا لنفسه فلا يتصور ان يكون محرزا بحرزه اذ هو لا يحرز نفسه عن الغاصب فكيف يحرز ما في يده عنه وما لم يقع في يد المولى حقيقة او حكما بالاستنابة لا يكون معصوما له فصار نظير المال المسروق في يد السارق بعد القطع ولان الاجرة بدل المنفعة والبدل حكمه كحكم المبدل ولو اتلف الغاصب المنفعة لا يضمن فكذا البدل ولهذا كان الغاصب لو اجر العبد بنفسه واخذ الاجرة واكلها فلا ضمان عليه فكذا اذا اجر العبد نفسه لان العبد في يده فيكون فعله كفعله من وجه لانه في ضمانه ومن وجه كفعل المالك لانه هو المالك لرقبته وما تردد بين اصلين يوفر عليه حظهما فرجحنا جانب المالك عند بقاء الاجر في يده فقلنا المالك احق به ورجحنا جانب الغاصب في حق الضمان وقلنا لا ضمان فيه على الغاصب اذا اكله لان الاصل وهو العبد في ضمانه كالمبيع اذا اكتسب في يد البايع واستهلك البايع كسبه لا يجب عليه الضمان عند ابي حنيفة لان الاصل في ضمانه وهو المبيع بخلاف ولد المغصوب حيث يجب على الغاصب ضمانه بالاتلاف متعديا لانه ليس ببدل المنفعة بل هو جزء الام فيضمنه عند التعدي كالام ولهذا لو استولدها الغاصب لا يكون الولد له ولو اجر العبد كان الاجر له قال رحمه الله ولو وجده ربه اخذه اي لو وجد مولى العبد ما في يد العبد من الاجرة اخذه لانه وجد عين ماله ولا يلزم من بطلان التقوم بطلان الملك كما في المسروق بعد القطع فانه لم يبق متقوما حتى لا يضمن بالاتلاف ويبقى الملك حتى ياخذه المالك قال رحمه الله وصح قبض العبد اجره اي لو قبض العبد اجرته من المستاجر جاز قبضه بالاجماع لانه المباشر للعقد وحقوق العقد اليه وتصرفه نفع محض على ما مر في عبد غير مغصوب فيصح لكونه ماذونا في التصرف النافع قال رحمه الله ولو اجر عبده هذين الشهرين شهرا باربعة وشهرا بخمسة صح والاول باربعة لانه لما قال اولا شهرا باربعة انصرف الى ما يلي العقد تحريا للصحة كما لو سكت عليه لان الاوقات في حق الاجارة بمنزلة الاوقات في حق اليمين ان لا يكلم فلانا لان تنكيرها مفسد فتعين عقيبها فاذا انصرف الاول الى ما يلي العقد انصرف الثاني الى ما يلي الشهر الاول تحريا للجواز ايضا ولانه اقرب الاوقات اليه فصار كما لو صرح به قال رحمه الله ولو اختلفا في اباق العبد ومرضه حكم الحال معناه لو استاجر عبدا شهرا ثم قال المستاجر في اخر الشهر ابق او مرض في المدة وانكر المولى ذلك او انكر اسناده الى اول المدة فقال اصابه قبل ان ياتيني بساعة يحكم الحال فيكون القول قول من يشهد له الحال مع يمينه لان القول في الدعاوى قول من يشهد له الظاهر ووجوده في الحال يدل على وجوده في الماضي فيصلح الظاهر مرجحا وان لم يصلح حجة كما اذا اختلفا في جريان ماء الطاحونة وهذا اذا كان الظاهر يشهد للمستاجر فظاهر لا اشكال فيه لانه ليس فيه الا دفع الاستحقاق عليه والظاهر يصلح له وان كان يشهد للموجر ففيه اشكال من حيث انه يحتج

لان الغاصب ليس بنائب عنه

اي المرض او الاباق

الاجرة بالظاهر وهو لا يصلح للاستحقاق وجوابه انه يستحقه بالسبب السابق وهو العقد وانما الظاهر يشهد على بقائه واستمراره الى ذلك الوقت فلم يكن مستحقا بمجرد الظاهر وهذا لانهما لما اتفقا على وجود سبب الوجوب اي الوجوب عليه ثم الانكار بعد ذلك يكون متعرضا لنقضه فلا يقبل منه لا يجحد وعلى هذا لو اعتق جارية ولها ولد فقالت اعتقتني قبل ولادته فيكون حرا تعالى وقال المولى اعتقتك بعدها فلا يعتق كان القول قول من كان الولد في يده لان الظاهر يشهد له وكذا لو باع نخلا فيه ثمر واختلفا في بيع الثمر معها كان القول قول من في يده الثمر وهذه كلها تحكيم للحال قال رحمه الله والقول لرب الثوب في القميص والقباء والحمرة والصفرة والاجر وعدمه يعني اذا اختلف رب الثوب والصانع في المخيط بان قال رب الثوب امرتك ان تعمله قباء وقال الخياط قميصا او في لون الصبغ بان قال صاحب الثوب امرتك ان تصبغه احمر فصبغته اصفر وقال الصباغ بل امرتني اصفر او في الاجرة بان قال صاحب الثوب عملته لي بغير اجر وقال الصباغ باجر كان القول في الكل قول المستاجر اما اذا اختلفا في الخياطة والصبغ فلان الاذن يستفاد من جهة رب الثوب فكان اعلم بكيفيته ولانه لو انكر الاذن بالكلية كان القول قوله فكذا اذا انكر صفته اذ الوصف تابع للاصل لكنه يحلف لانه ادعى عليه شيئا لو اقر به يلزمه فاذا انكر يحلف فاذا حلف فالخياط ضامن وصاحب الثوب مخير ان شاء ضمنه قيمة الثوب غير معمول وان شاء اخذه واعطاه اجر مثله لا يجاوز به المسمى على ما بينا من قبل لانه موافق من وجه وهو في اصل العمل مخالف من وجه وهو في الصفة فيميل الى ايهما شاء وروى ابن سماعة عن محمد رحمه الله انه يضمن له ما زاد الصبغ فيه لانه بمنزلة الغاصب وقال ابن ابي ليلى القول قول الصباغ لانهما اتفقا على الاذن في الصبغ ثم رب الثوب يدعي عليه خلافا ليضمنه او ليثبت لنفسه الخيار وهو منكر فكان القول له وجوابه على ما بينا واما اذا اختلفا في الاجر فلان المستاجر ينكر تقوم عمله ووجوب الاجر عليه والصانع يدعيه فكان القول للمنكر وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ان كان الصانع حريفا له اي معاملا له بان كان يدفع اليه شيئا للعمل ويقاطعه عليه فله الاجر والا فلا لان ما تقدم منهما من المقاطعة يدل على انه يعمله باجر فقام مقام الاشتراط لان العادة قد جرت بالدفع للعمل الى من يخالطه من غير تسمية الاجرة للعلم به وقال محمد رحمه الله ان كان الصانع معروفا بهذه الصنعة بالاجر وقيام حاله بها كان القول قوله والا فلا لانه لما فتح الدكان لاجله جرى مجرى التنصيص عليه اعتبارا للظاهر المعتاد وقولهما استحسان والقياس ما قاله ابو حنيفة رحمه الله لانه منكر وما ذكراه من الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق اذ الظاهر يصلح للدفع لا غير الا ترى ان ذا اليد يدفع المدعي باليد ثم اذا بيعت بجنب ما في يده دار لا تستحق به الشفعة لما قلنا والفتوى على قول محمد رحمه الله تعالى

باب فسخ الاجارة

قال رحمه الله وتفسخ بالعيب اي تفسخ الاجارة بالعيب لان العقد يقتضي سلامة البدل عن العيب فاذا لم يسلم فات رضاه فيفسخ كما في البيع والمعقود عليه في هذا الباب المنافع وهي تحدث ساعة فساعة فما وجد من العيب يكون حادثا قبل القبض في حق ما بقي من المنافع فيوجب الخيار كما اذا حدث العيب بالمبيع قبل القبض ثم اذا استوفى المستاجر المنفعة مع العيب فقد رضي بالعيب فيلزمه جميع البدل كما في البيع فان فعل المؤجر ما ازال العيب فلا خيار للمستاجر لان الموجب للرد قد زال قبل الفسخ والعقد يتجدد ساعة فساعة فلم يوجد فيما ياتي بعده فسقط خياره قال رحمه الله وخراب الدار وانقطاع ماء الضيعة والرحا اي تفسخ الاجارة بهذه الاشياء وهذا يشير الى ان الاجارة لا تنفسخ بهذه الاشياء وقال بعضهم تنفسخ لان المعقود عليه وهي المنافع المخصوصة قد فاتت قبل القبض فصار كهلاك المبيع قبل القبض وموت العبد المستاجر والاول اصح ووجهه ان المنافع قد فاتت على وجه يتصور عودها فاشبه اباق المبيع قبل القبض او المستاجر وقال في الاصل ان الاجارة في الرحا لا تنفسخ بانقطاع الماء وقد روى هشام عن محمد انه لو استاجر بيتا فانهدم بناؤه المؤجر واراد المستاجر ان يسكن في بقية المدة فليس له

ان يمنعه من ذلك وكذا ليس للمستاجر ان يمتنع منه وهذا تصريح بانه لا ينفسخ ولكنه يفسخ ولان اصل الموضع مسكن بعد انهدام البناء ويتاتى فيه السكنى بنصب الفسطاط فبقي العقد لكن لا اجر على المستاجر لعدم التمكن من الانتفاع به على الوجه الذي قصده بالاستيجار ولو انقطع ماء الرحا والبيت مما ينتفع به لغير الطحن فعليه من الاجر بحصته لانه بقي شيء من المعقود عليه فاذا استوفاه لزمه حصته قال رحمه الله وتنفسخ بموت احد المتعاقدين ان عقدها لنفسه وقال الشافعي لا تبطل بموت احد المتعاقدين ولا بموتهما لان المنافع عنده كالاعيان القائمة فكما لا تبطل في العين لا تبطل فيها ولنا ان العقد ينعقد ساعة فساعة بحسب حدوث المنافع فاذا مات المؤجر فالمنافع التي تستحق بالعقد هي التي تحدث على ملكه وقد فات بموته فتبطل الاجارة لفوات المعقود عليه لان رقبة العين تنتقل الى الوارث والمنفعة تحدث على ملكه فلم يكن هو عاقدا ولا راضيا به واذا مات المستاجر فلو بقي العقد انما يبقى على ان يخلفه وارثه والمنفعة المجردة لا تورث ولهذا الموصى له بالخدمة لا تنتقل الى ورثته وكذا الموصى له بالمنفعة تبطل العارية فكذا الاجارة اذ لا فرق بينهما الا من حيث ان احدهما بعوض والآخر بغير عوض وذلك لا تاثير له في حق الارث كالاعيان المملوكة بعوض او بغير عوض اذ الوراثة خلافة ولا يتصور الا فيما يبقى وقتين ليكون ملك المورث ثابتا في الوقت الاول ويخلفه الوارث فيه في الوقت الثاني ويقوم مقامه فيه بعينه والمنفعة الموجودة في حياة المستاجر لا تبقى لتورث والتي تحدث بعد موته لم تكن مملوكة له ليخلفه الوارث فيها فتعين البطلان كعقد النكاح يرتفع بالموت ولا يخلفه ورثته قال رحمه الله وان عقدها لغيره لا كالوكيل والوصي والمتولي في الوقف لبقاء المستحق عليه والمستحق حتى لو مات المعقود له بطلت لما ذكرنا واذا مات احد المستاجرين او احد المؤجرين بطلت الاجارة في نصيبه وبقيت في نصيب الحي وقال زفر رحمه الله يبطل في نصيب الحي ايضا لان الشيوع مانع من صحة الاجارة فيكون كالمقارن قلنا الشروط يراعى وجودها في الابتداء دون البقاء كالهبة وكالشهادة في النكاح قال رحمه الله وتفسخ بخيار الشرط وقال الشافعي لا يصح اشتراط الخيار فيها لان المستاجر لا يمكنه رد المعقود عليه بكماله ان كان الخيار له اذ لا بد له من تلف شيء من المنفعة في مدة الخيار وان كان للمؤجر فلا يمكنه التسليم ايضا على الكمال لان ما مضى من المنفعة في مدة الخيار لا يمكن تسليمه وليس له تفريق الصفقة قبل التمام لانها لا تتم مع خيار الشرط بخلاف البيع لانه يمكن رد جميع المعقود عليه فيه اذ المبيع عين يبقى ولنا انه عقد معاوضة ولا يجب قبضه في المجلس ويحتمل الفسخ بالاقالة فيجوز شرط الخيار فيه كالبيع وهذا لان الخيار شرع في البيع للتروي حتى اذا كان فيه غبن وخسارة تفسخ لان الاجارة تقع بغتة من غير سابقة تامل فيمكن ان يصادف غير موافق فيحتاج الى ازالته فيجوز اشتراطه كالبيع بخلاف النكاح لانه لا يقع بغتة بل يتقدمه السوم والتامل في الموافق فلا يحتاج فيه الى التروي بعده فلا يحتاج اليه ولان النكاح لا يقبل الفسخ بالاقالة فلا يؤثر فيه خيار الشرط ولا يفيد الا ترى ان الاجارة تفسخ بعيوب مضرة كالبيع ولا كذلك النكاح وبخلاف الصرف والسلم لان شرط الخيار فيهما يمنع تمام القبض المستحق بالعقد والعقد فيهما موجب القبض في المجلس وفوات بعض المعقود عليه لا يمنع الرد بالعيب فكذا بخيار الشرط للضرورة بخلاف المبيع لانه لا يمكن فسخ البيع في جميع المبيع فلا ضرورة الا ترى ان المستاجر يجبر على القبض بعد مضي بعض المدة من غير شرط الخيار للضرورة وفي البيع لا يجبر عليه بعد هلاك بعضه لعدم الضرورة فعلم بذلك ان هلاك بعض المعقود عليه لا يؤثر في منع الفسخ ولا المضي فيها ولان العقد في المنافع يقع متفرقا لانه ينعقد ساعة فساعة على ما بينا فصار كل جزء من اجزاء المنفعة مستحقا بعقد على حدة فلا يتصور فيه تفريق الصفقة اذ هو لا يكون الا فيما ملك بعقد واحد قال رحمه الله والرؤية اي تفسخ بخيار الرؤية ايضا وقال الشافعي لا يجوز استيجار ما لم يره للجهالة قلنا الجهالة انما تمنع الجواز اذا كانت تفضي الى المنازعة وهذه الجهالة

لا تفضي اليها لانه ان لم يوافقه برده فلا يمنع الجواز ثم اذا رآه يثبت له خيار الفسخ لان العقد لا يتم الا
بالتراضي ولا رضى بدون العلم وقد قال عليه السلم من اشترى شيئا لم يره فله الخيار اذا رآه والاجارة شرا المنافع
فيتناوله ظاهر الحديث لفظا او دلالة **قال رحمه الله** وتفسخ بالعذر وهو عجز العاقد عن المضي في موجبه اي موجب
العقد الا بتحمل ضرر زائد لم يستحق به اي بالعقد كمن استاجر رجلا ليقلع ضرسه فسكن الوجع او ليطبخ له
طعام الوليمة فاختلعت منه او حانوتا ليتجر فيه فافلس او آجره ولزمه دين بعيان او ببيان او باقرار
ولا مال له غيره او استاجر دابة للسفر فبدا له منه لا المكاري وقال الشافعي لا تفسخ الاجارة بالاعذار
الا بالعيب لان المنافع عنده بمنزلة الاعيان ومذهب شريح ان الاجارة غير لازمة ولكل واحد منهما فسخها
لانها اجيزت للضرورة كالعارية ولا حاجة الى اثبات صفة اللزوم فينفرد كل واحد منهما بالفسخ من غير
عذر كالعارية قلنا هي عقد معاوضة فيلزم من الجانبين كالبيع وكونه اجيز للحاجة لا يدل على عدم لزومه
الا ترى ان السلم اجيز للحاجة ويلزم اذا وقع بخلاف العارية فانها عقد تبرع فلا يلزم على ما بينا ثم المنافع
غير مقبوضة في الاجارة فصار العذر فيها كالعيب قبل القبض في البيع فتنفسخ به اذ المعنى يجمعهما وهو عجز
العاقد عن المضي في موجبه الا بتحمل ضرر زائد لم يستحق بالعقد وهذا هو معنى العذر وفي كل واحد من
الامثلة التي ذكرها عذر ظاهر وفي المضي فيها ضرر بين فوق ضرر العيب فيجوز له الفسخ وهذا لان جواز هذا
العقد للحاجة ولزومه لتوفير المنفعة على المتعاقدين فاذا آل الامر الى الضرر اخذنا فيه بالقياس فقلنا لو
العقد في حكم المضاف في حق المعقود عليه والاضافة في عقود التمليكات تمنع اللزوم في الحال كالوصية ثم قال
في الجامع الصغير وكلما ذكرنا انه عذر فان الاجارة فيه تنتقض وهذا يشير الى انه لا يحتاج فيه الى قضاء القاضي
لانه بمنزلة العيب في المبيع قبل القبض فينفرد العاقد بالفسخ وفي الزيادات ان الامر يرفع الى الحاكم ليفسخ الاجارة
لانه فصل مجتهد فيه فيتوقف على قضاء القاضي كالرجوع في الهبة قال شمس الائمة السرخسي هذا هو الاصح
ومنهم من [illegible] وفق فقال هذا اذا كان العذر ظاهرا ينفسخ والا فيفسخه الحاكم وقال قاضي خان والمحبوبي هو
الاصح والعذر الظاهر مثل استيجار الحداد لقلع الضرس ثم سكن الوجع او الطباخ ليطبخ الوليمة ثم خالع
المراة وقوله او آجره ولزمه دين اي آجر الدكان ثم لزمه دين ولا يقدر على ايفائه الا من ثمن ما آجر واختلفوا
في كيفية فسخه فقال بعضهم يبيع الدار اولا فينفذ بيعه وتنفسخ الاجارة ضمنا لبيعه وقال بعضهم تفسخ
الاجارة اولا ثم يبيع وقوله ولزمه دين بعيان او ببيان او اقرار وانما ذكره ليتبين انه لا فرق في ثبوت الدين
بين ان يكون بمشاهدة او باقامة بينة او باقرار اذ بالكل يلحقه ضرر لانه يحبس به فيتضرر وقوله او استاجر
دابة للسفر فبدا له منه لا المكاري اي لو استاجر دابة ليسافر عليها ثم بدا له ان لا يسافر فهو عذر وان بدا المكاري
لا يعذر لان المكتري بالسفر تلزمه مشقة وضرر وربما يفوت ما يسافر لاجله كالحج وطلب الغريم والمكاري
لا يلزمه ذلك الضرر لانه يمكنه ان يقعد ويبعث على يد تلميذه او اجيره وكذا لو مرض لما ذكرنا وروى الكرخي
انه عذر لانه لا يعرى عن ضرر لان غيره لا يشفق على دابته مثله وهو لا يمكنه الخروج بخلاف ما اذا لم يمرض وعلى
رواية الاصل ليس بعذر لما ذكرنا **مسائل منثورة قال رحمه الله** ولو احرق حصائد ارض مستاجرة او مستعارة
فاحترق شيء في ارض غيره لم يضمن لان هذا تسبب وشرط الضمان فيه التعدي ولم يوجد فصار كما لو حفر بئرا في
ملكه فتلف به انسان بخلاف ما اذا رمى سهما في ملكه فاصاب انسانا حيث يضمن لانه مباشر فلا يشترط فيه
التعدي لان المباشرة علة فلا يبطل حكمها بعذر والسبب ليس بعلة فلا بد من التعدي ليلتحق بالعلة واحراق
الحصائد في ملكه مباح فلا يضاف التلف اليه قال شمس الائمة السرخسي مراده اذا كانت الرياح هادئة حين اوقد
النار ثم تحركت لانه لا صنع له في تحريكها واما اذا كانت الرياح مضطربة ينبغي ان يضمن لانه يعلم بانها لا تستقر
فلا يعذر بجهله وذكر في النهاية معزيا الى التمرتاشي انه لو وضع جمرة في الطريق فاحرقت شيئا ضمن لانه متعد بالوضع

اي بدا للكاري [illegible] لا ان بدا للمكاري ليس بعذر

قف على ان الاجارة تفسخ بالبيع اولا

تعم هذه الاشياء الاربعة المذكورة عندنا حال كون كل واحد منهما مضافا الى الزمان المستقبل وصورة الاجارة المضافة الى الوقت ان يقول اذا جاء راس الشهر فقد آجرت داري لك بكذا الفسخ
عند وصورة فسخها ان يقول اذا قدم فلان فقد فسخت الاجارة وصورة المزارعة والمعاملة اذا جاء غد فانت مزارعي او معاملي وصورة المضاربة اذا جاء غد فانت مضاربي وفي
الوكالة اذا جاء راس الشهر فانت وكيلي وفي الكفالة بان قال ما ذاب لك على فلان فعلي وفي الايصاء بان قال اذا مت فانت وصيي وفي الوصية بان قال اذا مت فثلث مالي لفلان وفي القضاء حكمت
على هذا ان كان كذا والامارة جعلتك اميرا على موضع كذا اذا رأى فلان وفي الطلاق ان دخلت الدار فانت طالق والعتاق ان تزوجتني فانت حرة والوقف ان مت فداري وقف
صورة لكذا وفي البيع اذا جاء راس الشهر فقد بعتك عبدي واجازته اذا جاء زيد فقد اجزت بيع الفضولي وفسخه اذا جاء غد فقد فسخت بيع فلان الفضولي والقسمة قسمت
داري الى مدة كذا اي النكاح تزوجتك في اخر الشهر والرجعة ان يقول راجعتك اذا جاء غد والصلح ان يقول صالحتك عن كذا الى راس فلان او اذا جاء غد والابراء ابراتك
عن ديني اذا جاء غد فهذه الصور اكثرها مذكورة في مواضعها والله اعلم مستخلص

ولو رفعته الريح الى شيء فاحرقته لا يضمن لان الريح نسخت فعله ولو اخرج الحداد الحديد من الكير في دكانه
ووضعه على العلاة وضربه بمطرقة فخرج شرار النار الى طريق العامة واحرق شيئا ضمن ولو لم يضربه
ولكن اخرج الريح شيئا فاحرق شيئا لم يضمن ولو سقى ارضه سقيا لا تحتمله الارض فتعدى الى ارض جاره
ضمن لانه لم يكن منتفعا فيما فعل بل كان متعديا **قال رحمه الله** وان اقعد خياط او صباغ في حانوته من
يطرح عليه العمل بالنصف صح وهذا استحسان والقياس ان لا يصح لان المتقبل للعمل ان كان صاحب الدكان
فالعامل اجيره بالنصف وهو مجهول ولان الاجرة بعض ما يخرج من العمل فصار كقفيز الطحان وان كان
المتقبل هو العامل فهو مستاجر لموضع جلوسه من دكانه بنصف ما يعمل وذلك مجهول ايضا وجه الاستحسان
ان هذه شركة الصنائع وليس باجارة لان تفسير شركة الصنائع ان يكون العمل عليهما وان كان احدهما
يتولى العمل بحذاقته والاخر يتولى القبول بوجاهته واذا وجدنا له سبيلا الى الجواز وهو متعارف وجب
القول بصحته فيكون العمل واجبا عليهما والقبول جائزا لهما اذ ليس في كلامهما الا تخصيص احدهما
بالتقبل والاخر بالعمل وتخصيص الشيء بالذكر لا يدل على نفي ما وراءه فامكننا اثبات الشركة في التقبل والعمل
اقتضاء ولهذا صار جائز شركة التقبل فيعمل احدهما ما تقبله صاحبه او ما تقبله بنفسه ولم يعمل الاخر لعذر به
من مرض ونحوه كانت الاجرة بينهما على ما عرف في موضعه فكذا هنا وقول صاحب الهداية هذه شركة
الوجوه في الحقيقة فهذا بوجاهته يقبل وهذا بحذاقته يعمل فيه نوع اشكال فان تفسير شركة الوجوه ان
يشتركا على ان يشتريا بوجوههما ويبيعا وليس في هذه بيع ولا شراء فكيف يتصور ان تكون شركة الوجوه
وانما هي شركة الصنائع على ما بينا **قال رحمه الله** وان استاجر جملا ليحمل عليه محملا وراكبين الى مكة صح وله المحمل
المعتاد والقياس ان لا يجوز وهو قول الشافعي لان المحمل مجهول فيفضي الى المنازعة وجه الاستحسان ان
المقصود هو الراكب وهو معلوم والمحمل تابع وما فيه من الجهالة يزول بالصرف الى المعتاد وكذا اذا لم ير
الوطاء والدثار وهو ما يلقيه المرء على نفسه والمراد ما يلقيه الراكب على نفسه **قال رحمه الله**
ورؤيته احب اي رؤية الكاري المحمل اجود لانه ابعد من الجهالة واقرب الى العلم لتحقق الرضا منه
قال رحمه الله ولمقدار زادا فاكل منه رد عوضه اي ان استاجر جملا ليحمل عليه مقدارا من الزاد فاكل منه في الطريق
رد عوض ما اكل وقال بعض اصحاب الشافعي ليس له ان يرد عوض ما اكل لان عرف المسافرين انهم ياكلون الزاد
ولا يردون بدله والمطلق يحمل على المتعارف بخلاف الماء حيث يكون له رده اذا نفد ما عنده لان العرف
فيهم جرى برده عند نفاده ولنا انه استحق عليه حملا مقدرا في جميع الطريق فله ان يستوفيه وصار كالماء
والعرف مشترك فان بعض المسافرين يردون فلا يلزم ما عرف البعض او يحمل فعل من لا يرد على انهم استغنوا
عنه فلا يلزم حجة ولهذا يرده بعضهم وهم المحتاجون اليه **قال رحمه الله** وتصح الاجارة وفسخها والمزارعة
والمعاملة والمضاربة والوكالة والكفالة والايصاء والوصية والقضاء والامارة والطلاق والعتق والوقف
مضافا اي مضافا الى الزمان المستقبل لان الاجارة تتضمن تمليك المنافع والمنافع لا يتصور وجودها
في الحال فتكون مضافة ضرورة ولهذا قلنا تنعقد ساعة فساعة على حسب وجود المنفعة وحدوثها على ما
بيناه في اول الكتاب وهذا هو معنى الاضافة وفسخها معتبر بها فيجوز اضافته الا ترى ان البيع لما لم تجز
اضافته لا يجوز فسخه ايضا الى الزمان وهو الاقالة لانه معتبر به والمزارعة والمعاملة وهي المساقاة اجارة
لان من يجيزهما يجيزهما على انها اجارة فيجوز اضافتهما لما ذكرنا والمضاربة والوكالة من باب الاطلاق وكل
ذلك يجوز اضافته على ما نبينه والكفالة التزام المال ابتداء فيجوز اضافتها وتعليقها بالشرط كالنذر ولكن
فيها تمكين المطالبة فلا يجوز تعليقها بمطلق الشرط بل بشرط ملائم بخلاف الوكالة فانه يجوز تعليقها بمطلق
الشرط اذا كان متعارفا والايصاء وهو اقامة الشخص مقام نفسه في التصرف بعد الموت والوصية وهي تمليك

والمحمل بفتح الميم الاولى وكسر الميم الثانية [illegible]

وكذا يرد عين الزاد من المكيل والموزون مستخلص

المال بعد الموت لا يكون الا مضافين اذ الايصاء في الحال لا يتصور الا اذا جعل مجازا عن الوكالة والقضاء
والامارة يجوز تعليقهما بالشرط واضافتهما الى الزمان لانهما تولية وتفويض محض فجاز تعليقهما بالشرط
الا ترى انه عليه السلام امر زيد بن حارثة ثم قال ان قتل زيد فجعفر وان قتل جعفر فعبد الله بن رواحة رواه البخاري
قال رحمه الله لا البيع واجارته وفسخه والقسمة والشركة والهبة والنكاح والرجعة والصلح عن مال والابراء عن الدين
يعني هذه الاشياء لا يجوز اضافتها الى الزمان المستقبل لانها تمليك وقد امكن تنجيزها للحال فلا حاجة الى
الاضافة بخلاف الفصل الاول لان الاجارة وما شاكلها لا يمكن تمليكه للحال وكذا الوصية واما الامارة
والقضاء فمن باب الولاية والكفالة من باب الالتزام وقد بيناه في البيوع

كتاب المكاتب

قال رحمه الله الكتابة تحرير يدا في الحال ورقبة في المآل هذا في الشرع وفي اللغة مدار هذا اللفظ على الجمع
ومنه كتب النعل والقربة اي خرزها والكتب الخرز الواحدة كتبة ومنه كتب البغلة اذا جمع بين
شفريها بحلقة والكتيبة الطائفة من الجيش مجتمعة وسمي هذا العقد كتابة ومكاتبة لان فيه ضم
حرية اليد الى حرية الرقبة او لان فيه جمعا بين نجمين فصاعدا او لان كلا منهما يكتب الوثيقة وهو اظهر
ثم شرط الكتابة ان يكون الرق قائما بالمحل وان يكون البدل معلوم القدر والجنس وسببها رغبة المولى
في بدل الكتابة عاجلا وفي ثواب العتق آجلا ورغبة العبد في الحرية واحكامها حالا ومآلا وركنها الايجاب
والقبول وحكمها من جانب العبد فكاك الحجر وثبوت حرية اليد في الحال حتى يكون العبد اخص بنفسه وكسبه
ويجب الضمان على المولى بالجناية عليه او على ماله وثبوت حقيقة الحرية عند الاداء ولهذا يقال
المكاتب طار عن ذل العبودية ولم ينزل في ساحة الحرية فصار كالنعامة ان استطير تباعر وان استحمل
تطاير ومن جانب المولى ثبوت ولاية المطالبة بالبدل للحال وثبوت حقيقة الملك عند الاداء والفاظها
ان يقول كاتبتك على كذا او ما يدل على ذلك قال رحمه الله كاتب مملوكا ولو صغيرا يعقل بمال حال او مؤجل
او منجم وقبل صح لقوله تعالى والذين يبتغون الكتاب مما ملكت ايمانكم فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا الاية
مطلقة فيتناول جميع ما ذكرنا من الحال والمؤجل والصغير والكبير وكل ما يتأتى منه الطلب وقال الشافعي لا يجوز
كتابة الصغير ولا الكتابة الحالة اما الاول فلان الصغير ليس باهل للتصرف وهذا بناء على مسئلة الاذن
للصبي في التجارة فانه لا يجوز عنده وعندنا يجوز لانه تصرف نافع وظاهر الاية يشهد لنا لان الابتغاء
المذكور في الاية يتحقق منه اذ الكلام في صبي يعقل واما الثاني فلانه عاجز عن تسليم المعقود عليه لانه
مملوك لا يقدر على شيء وفي زمان قليل لا يمكنه التحصيل فلا يجوز الا منجما واقله نجمان ليتمكن من التحصيل
اذ القدرة على التسليم شرط لصحة العقد الا ترى ان العجز الطارئ يبطلها فالمقارن اولى بخلاف السلم الحال
حيث يجوز على اصله لان العاقد فيه اهل الملك قبل العقد فالظاهر انه قادر على ايفاء ما التزمه واقدامه
على العقد يدل على ذلك فيجوز ولنا اطلاق ما تلونا فانه يتناول الحال والمؤجل فلا يجوز تقييده لانه
نسخ على ما عرف في موضعه ولان البدل في الكتابة معقود به كالثمن في البيع حتى صح الاستبدال به قبل القبض
والقدرة على تسليم الثمن ليست بشرط لصحة العقد فان من ليس عنده شيء جاز ان يشتري ما شاء بما شاء
بخلاف السلم على اصلنا فان المسلم فيه معقود عليه ولا يجوز العقد على المعدوم فجعلنا الاجل عوضا عما
فات من القدرة ليمكنه التحصيل في المدة والكتابة عقد ارفاق فالظاهر انه يسامحه ولا يطالبه للحال
بخلاف السلم فانه مبني على المماكسة والمضايقة فالظاهر انه لا يؤخر الطلب اذا توجه له المطالبة ولو
في الحال ولان اعساره في الحال لا يدل على استمراره بل يجوز ان يملك في المجلس اضعاف بدل الكتابة لان المال
غاد ورائح فلا يمتنع به الجواز ولان عقود المداينة تعتمد صحتها على الاهلية دون القدرة على قضائه
حتى جاز لمن لا يملك شيئا ان يشتري بجملة بخلاف المبيع لان القدرة على تسليمه شرط ولهذا اشترط ان يكون

موجودا معينا الا في السلم لما روي انه عليه السلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم وانما
اشترط قبول العبد لانه يلزمه المال فلا بد من التزامه والامر في الاية للندب عند الفقهاء حتى لا يجب
على المولى ان يكاتب عبده وقال داود الظاهري يجب عليه اذا طلب العبد ذلك وعلم المولى فيه الخير لان الله
تعالى امر به والامر للوجوب وقال بعض مشايخنا هو للاباحة واشتراط علم الخير فيه لم يخرج على وفاق العادة
فان العادة جرت على انه لا يكاتب الا اذا علم فيه الخير وقد يكون الامر للاباحة كقوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا
قلنا الامر قد يكون للندب وهو الظاهر هنا بدليل ما بعده من قوله تعالى وآتوهم من مال الله الذي آتاكم
فانه للندب فكذا الكتابة قال شمس الائمة رحمه الله وحمله على الاباحة ليس بقوي عندي لانه يؤدي الى
انه لا فائدة في ذكر الشرط لان الكتابة جائزة وان لم يعلم فيه الخير وكلام الله تعالى منزه عن مثله ولا يكون
لغيره فائدة اصلا فيكون التعليق بالشرط مفيدا للندبية يعني يستحب له ان يكاتبه اذا طلب العبد
وعلم المولى فيه الخير وهو نظير قوله تعالى ومن لم يستطع منكم طولا ان ينكح المحصنات المؤمنات فمن ما ملكت
ايمانكم الاية فان تعليقه بعدم القدرة على الحرة للندب حتى لو تزوج امة مع القدرة على الحرة جاز لما عرف
في موضعه والمراد بالخير المذكور في الاية هو ان لا يضر بالمسلمين بعد العتق وان كان يضر بهم فالافضل ان لا
يكاتبه ولو فعل جاز وقيل الوفاء والامانة والصلاح وقيل المال والخير يراد به المال قال الله تعالى ان ترك خيرا
اي مالا وما تنفقوا من خير اي مال وهو ان يكون كسوبا يقدر على اداء البدل ولا يعتق الا باداء كل البدل لقوله
صلى الله عليه وسلم المكاتب عبد ما بقي عليه درهم رواه ابو داود وقال عليه السلام ايما عبد كوتب على مائة اوقية
فاداها الا عشر اوقيات فهو رقيق رواه ابو داود والترمذي واحمد وغيرهم ولان المولى لم يسلم له العوض
فلا يسلم للعبد المعوض لان العقد يقتضي المساواة واختلفت الصحابة رضي الله عنهم فيه فمذهب علي رضي الله عنه
انه يعتق بقدر ما ادى اعتبارا للجزء بالكل وبه يستويان فيما يسلم لهما من البدل ومذهب ابن مسعود
انه يعتق اذا ادى قدر قيمته لانه يقوم مقامه ويندفع به الضرر عن المولى والباقي دين في ذمته
ومذهب ابن عباس انه يعتق بنفس العقد ويكون البدل دينا في ذمته فانه جعل الكتابة واردة على الذمة
كالعتق ومذهب زيد بن ثابت انه لا يعتق منه شيء حتى يؤدي الكل وبه اخذ علماء الامصار لما روينا وقد ثبتت
له بعض احكام الحرية على ما بيناه ولا حاجة الى اثبات الحرية ويعتق العبد باداء البدل وان لم يقل له المولى
اذا اديته الي فانت حر وقال الشافعي لا يعتق الا اذا قال له ذلك لان الكتابة ليس فيها الا ضرب المال على عبده
منجما وذلك لا يوجب العتق عند الاداء لانها تنبئ عن الجمع وهو الجمع لحرية اليد الى حرية الرقبة عند الاداء
وما قاله الشافعي رحمه الله انها عبارة عن ضم نجم لا يستقيم لانه لو ضرب على عبده مالا على نجوم لا يسمى مكاتبا
ولا يثبت له شيء من احكام الكتابة حتى يجوز بيعه ويمنعه عن التصرف ويملك اخذ كسبه بلا اذنه
ولا تأثير لتعليق العتق في ثبوت احكام الكتابة الا ترى انه اذا علقه بشرط آخر لا يثبت له شيء من احكامها
وكذا اذا علقه باداء المال بان قال ان اديت الي الفا فانت حر فعلم بذلك ان هذه الاحكام تثبت بعقد
الكتابة فكذا العتق يثبت به عند الاداء لان حكم العقد يثبت من غير تنصيص عليه كما في سائر العقود وكان
القياس ان يعتق بمجرد العقد لان حكم العقد يثبت عقيبه لكن تركناه لما روينا ولانه لو عتق كان المولى
يتضرر بخروج عبده عن ملكه بعوض في ذمة المفلس فلا يصار اليه ونظيره ما قلنا في الاجارة لما لم يمكن ملك
المنفعة في الحال تأخر ملك البدل ايضا اعتبارا للمساواة بينهما ولا يجب عليه حط شيء من بدل الكتابة
وقال الشافعي رحمه الله يجب عليه حط ربع البدل وهو قول عثمان لقوله تعالى وآتوهم من مال الله الذي آتاكم
امر وهو للوجوب ولنا ان العقد يوجب البدل فلا يجوز ان يكون موجبا اسقاطه اذ العقد لا يقتضي شيئا
وضده كسائر عقود المعاوضة ولو كان واجبا لوجب في البدل الآخر كذلك لان العقد يقتضي المساواة بينهما

والمراد بالامر في الاية الندب دون الحتم بدليل ما تقدم من ان الامر بالكتابة فانه للندب فكذا هذا وليس هذا
من باب الاستدلال بالقران في النظم مثل قوله تعالى اقيموا الصلوة واتوا الزكاة لان تلك الاية مشتملة لكلمتين
مستقلتين لا ارتباط لاحدهما بالاخرى فلا يجوز ان يستدل بحكم احدهما على حكم الاخرى اما هنا فالثانية
مرتبطة بالاولى اذ البدل المامور به في الاولى هو البدل المامور به في الثانية وعن الكلبي المراد بالايتا
دفع الصدقة اليهم رواه عن الجماعة من الصحابة رضي الله عنهم ولفظ الايتا يدل عليه لانه التمليك لو الحط فعلى
هذا يجوز ان يكون المراد به هو دفع الزكاة اليهم بل هو الظاهر لو نعم المراد بقوله تعالى وفي الرقاب في اية الصدقات
ويجوز ان يراد به دفع الصدقة بعد الاداء لو نعم من جملة فقراء المسلمين كل ذلك ممكن لان الواو في الاية
لا تقتضي الترتيب والقران قال رحمه الله وكذا ان قال جعلت عليك الفا تؤديه نجوما اول النجم كذا واخره كذا
فاذا اديته فانت حر وان عجزت فانت رقيق يعني يكون مكاتبا بهذا القول مثل ما يكون مكاتبا بالقول الاول وهذا استحسان
والقياس ان لا يكون مكاتبا لان النجوم فصول الاداء وله ان يضرب على عبده ما شاء من المال فيما شاء من المدة
وقوله بعد ذلك ان اديته فانت حر هو تعليق العتق باداء المال وهو لا يوجب الكتابة وجه الاستحسان
ان العبرة للمعاني دون الالفاظ حتى كانت المضاربة بشرط ان يكون الربح كله للمضارب قرضا وبشرط ان يكون
لرب المال بضاعة وقد اتى بمعنى الكتابة هنا مفسرا فتنعقد به كما اذا اطلق الكتابة بل اولى لان المفسر اقوى
وقوله اذا اديته فانت حر لا بد منه لان ما قبله يحتمل الكتابة ويحتمل الضريبة وبه يترجح جهة الكتابة
وقوله وان عجزت فانت رقيق فضلة من الكلام غير محتاج اليه كما لا يحتاج اليه في الكتابة
ولو قال له اذا اديت الي الفا كل شهر مائة فهي مكاتبة في رواية ابي سليمان لان النجم يدل على الوجوب ولا يجب على
العبد لسيده الا بالكتابة فعلم بذلك ان مقصود المولى الكتابة ولان التقسيط للتخفيف والتخفيف لا يكون
الا بعد الوجوب وذلك بالكتابة وفي رواية ابي حفص ليست بمكاتبة بل تكون اذنا اعتبارا بالتعليق
بالاداء بدفعة واحدة والتنجيم من خصائص الكتابة حتى يجعل تفسيرا لها لانه يدخل في سائر الديون
وقد تخلو الكتابة عنه فلم يوجد ما يختص بالكتابة فلا يكون مكاتبا وهو الاصح قال رحمه الله فيخرج من يده
اي اذا صحت الكتابة يخرج المكاتب من يد المولى لان موجب الكتابة مالكية اليد في حق المكاتب ولهذا لا يكون
للمولى منعه من الخروج والسفر ولو شرط في الكتابة ان لا يخرج من البلد لا يصح الشرط لان المقصود من
الكتابة ان يتمكن من اداء المال بالتكسب وقد لا يتمكن من ذلك الا بالخروج فيطلق له الخروج قال رحمه الله دون
ملكه اي لا يخرج من ملك المولى لما روينا ولانها عقد معاوضة فتقتضي المساواة بين المتعاقدين واصل
البدل يجب للمولى في ذمته بنفس العقد لكنه ضعيف لا يتم ملكه فيه الا بالقبض لان ثبوته في ذمته مع
المنافي اذ المولى لا يستوجب على عبده دينا ولهذا لا تصح الكفالة به فيثبت للعبد مقابله مالكية ضعيفة
ايضا فاذا تم للمولى الملك بالقبض تمت المالكية للعبد ايضا وتمام المالكية لا تكون الا بالعتق فيعتق لضرورة
المالكية فتتحقق المساواة بذلك ابتداء وانتهاء ولو اعتقه المولى عتق لعتقه لبقاء ملكه فيه وسقط
عنه بدل الكتابة لانه لم يلتزمه مجانا وانما التزمه مقابلا بالعتق وقد حصل بدونه قال رحمه الله وغرم ان
وطئ مكاتبته او جنى عليها او على ولدها او اتلف مالها لانها بعقد الكتابة خرجت من يد المولى وصار
المولى كالاجنبي فصارت احق بنفسها وكسبها لتتوصل الى المقصود بالكتابة وهي حصول الحرية لها والبدل
للمولى بناء على كونها احق بمالها ونفسها ولولا ذلك لاتلف المولى ما في يدها ولم يحصل لها الغرض المبتغى
بالكتابة ومنافع البضع ملحق بالاجزاء فيجب عليه عوضه وهو العقر عند اتلافه بالوطي وانتفى الحد بالشبهة
قال رحمه الله وان كاتبه على خمر او خنزير او قيمته او عين لغيره او مائة ليرد سيده عليه وصيفا فسد اما الكتابة
على الخمر او الخنزير فلانه ليس بمال في حق المسلم فلا يصلح عوضا فيفسد وهذا لان تسمية ما ليس بمتقوم في عقد

يحتاج فيه الى تسمية البدل لصحته يوجب فساد العقد كالبيع بخلاف النكاح حيث لا يفسد بتسمية الخمر
او الخنزير لانه لا يحتاج لصحته الى تسميته حتى يجوز النكاح بلا تسمية المهر ومع نفيه وكذا اذا سمى مالا لا
يصلح مهرا لان وجوده كعدمه واما اذا كاتب عبده على قيمته تفسد فلانها مجهولة القدر اذ هي تختلف باختلاف
المقومين وكذا جنسها مجهول لان القيمة تعتبر بجنس الثمن وهو النقدان ولم يتعين واحد منهما فتفسد
لتفاحش الجهالة كما اذا كاتبه على ثوب او دابة لان الثوب والدابة اجناس مختلفة وما هو مجهول
الجنس لا يثبت في الذمة اصلا حتى في النكاح ولان موجب الكتابة الفاسدة القيمة فالتنصيص عليها تنصيص
على موجب العقد الفاسد فيكون فاسدا ولا يقال لو كاتبه على عبد يجوز ويجب عليه عبد وسط او قيمته
حتى لو اتى بقيمته يجبر المولى على قبولها ولو كانت الكتابة على القيمة فاسدة لما صح ذلك لانا نقول القيمة
في مسئلة الكتاب لو جعلت لوجبت قصدا وهي مجهولة فلا يمكن ايجابها قصدا وفيما اذا كاتبه على عبد تجب
حكما لا قصدا وكم من شيء يثبت حكما لغيره وان كان لا يثبت قصدا الا ترى ان الاضحية بالحمل لا تجوز وتجوز
تبعا لامه وكذا بيع الجنين لا يجوز ويجوز تبعا لامه واما اذا كاتبه على عين لغيره فلانه لا قدرة له على
تسليمه والمراد به شيء يتعين بالتعيين كالثوب والعبد وغيرهما من المكيل والموزون غير النقدين حتى
لو كاتبه بدراهم او دنانير بعينها وهي لغيره تجوز الكتابة لان النقود لا تتعين بالتعيين في العقود التي هي
معاوضة ولا في فسوخها وانما يجب مثلها في الذمة وروى الحسن عن ابي حنيفة ان الكتابة على عين الغير جائزة
حتى لو ملكها العبد وسلمها الى المولى عتق وان عجز رد في الرق لان المسمى مال متقوم والقدرة على التسليم
موهومة فصار كالمهر وجه ظاهر الرواية ان العين في المعاوضات معقود عليها والقدرة على تسليم المعقود
عليه شرط الصحة في العقود التي تحتمل الفسخ وتسليم تلك العين ليس في قدرة العبد فلا تصح تسميته بخلاف
ما اذا كان البدل غير عين لانه معقود به فلا يشترط القدرة عليه ولهذا جوزنا الكتابة الحالة وبخلاف النكاح
لان القدرة على ما هو المقصود بالنكاح وهو تسليم منافع البضع ليس بشرط حتى لو تزوج صغيرة رضيعا جاز
فعلى ما هو تابع فيه وهو الصداق اولى ان لا يشترط فيه القدرة ولهذا جاز مع نفي الصداق ايضا ولان
الكتابة شرعت على وجه يختص المكاتب بمكاسبه فتثبت له حرية اليد في الحال وتتراخى حرية الرقبة الى وقت
الاداء فلو جاز هذا لثبت حرية اليد والرقبة في حالة واحدة على وجه التعاقب فيكون اعتاقا ببدل ولا يكون
كتابة لان الكتابة شرعت لاثبات الحريتين على التعاقب فاذا لم يحصلا لم تنعقد اصلا لان كل عقد لا يحصل
به مقصوده لا ينعقد ولانها لو جازت هذه الكتابة لكان الاداء من مال المولى اذ الاجازة تستند الى العقد
فتصير العين من اكسابه وقت العقد وكسبه وقت العقد ملك له فكانت الكتابة على مال المولى لا من كسب
العبد بعد العقد فلا يجوز وانما قلنا ذلك لان العبد يصير مستقرضا للعين من وقت العقد فيدخل في
ملك المولى ضرورة ولو اجاز صاحب العين ذلك يروى عن محمد رحمه الله انه يجوز لانه لو اشترى به شيئا يجوز
بالاجازة مع انه مبني على المماكسة فالكتابة اولى ان تجوز لكونها مبنية على المسامحة والمساهلة وعن ابي حنيفة
انه لا يجوز لانه لا يفيد المكاتب ملك كسبه وهو المقصود بالكتابة لانها تثبت الحاجة الى الاداء من المكاتب
ولا حاجة اذا كان البدل عينا لانه ينعدم به مقصود الكتابة على ما بينا وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجوز
اجاز ذلك او لم يجز غير انه عند الاجازة يجب تسليم العين وعند عدم الاجازة يجب عليه تسليم قيمة العين
كما في النكاح وروى ابو يوسف عن ابي حنيفة رحمهما الله انه ان ملك ذلك العين فادى لم يعتق الا ان يكون المولى
قال له اذا اديت الي تلك العين فانت حر فحينئذ يعتق بحكم التعليق وذكر في اختلاف زفر ويعقوب ان قول زفر
كذلك وهي رواية الحسن بن زياد رحمه الله عن ابي يوسف رحمه الله وروى صاحب الاملاء عن ابي يوسف انه يعتق بالاداء قال
له المولى ذلك او لم يقل لان العقد ينعقد مع الفساد لكون المسمى مالا متقوما وقد وجد الاداء فيعتق كما اذا كاتبه

القدرة على تسليم المعقود عليه شرط الصحة في العقود التي تحتمل الفسخ

على خمر فاداها وجه قول ابي حنيفة رحمه الله ان مالك العبد لم يصر بدلا في هذا العقد بتسمية لانه لا يقدر
على تسليمه فلا ينعقد العقد اصلا فيعتق ان ادى باعتبار صريح التعليق وان لم يصرح لا يعتق كما لو كاتبه على
على ثوب او ميتة وان كاتبه على عين في يد المكاتب وهو من كسبه بان كان ماذونا له في التجارة ففيه روايتان
في رواية يجوز لانه كاتبه على بدل معلوم يقدر على تسليمه وفي رواية لا يجوز لان المولى كاتبه على مال
نفسه اذ الكلام في عين اكتسبه من قبل ولو كاتبه على دراهم في يد العبد يجوز بالاتفاق في الروايتين لانها لا تتعين
في عقود المعاوضة واما اذا كاتبه على مائة دينار على ان يرد عليه سيده وصيفا فالمذكور هنا قول ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف تجوز الكتابة وتقسم المائة على قيمة المكاتب وعلى قيمة وصيف وسط فما
اصاب الوصيف يسقط عنه ويكون مكاتبا بما بقي لان كل ما جاز ايراد العقد عليه جاز استثناؤه من العقد
وتجوز الكتابة على وصيف فكذا يجوز استثناؤه من عقد الكتابة لان جهالة المستثنى منه تقدر جهالة
المستثنى وجهالة المستثنى هي جهالة وصيف وهي لا تمنع صحة التسمية فكذا جهالة الباقي لا تمنع صحة التسمية
ولهما ان بدل الكتابة مجهول القدر فلا يصح كما اذا كاتبه على قيمة الوصيف وهذا لان الوصيف لا يمكن
استثناؤه من الدنانير الا باعتبار القيمة وتسمية القيمة تفسد العقد لما بينا فكذا استثناؤها على ما
عرف ان الاستثنا معتبر بالتسمية على معنى ان كل ما يصلح تسمية يصلح استثناؤه والا فلا فكانت هذه
الجهالة مفسدة ولان هذا عقد اشتمل على بيع وكتابة لان ما كان من الدنانير بازاء الوصيف الذي
رده المولى بيع وما كان منها بازاء رقبة المكاتب هو مكاتبة فتبطل لجهالة الثمن والمثمن وكذا الكتابة
لانها لو جازت على هذا الوجه لجازت بالحصة ابتداء لانه صفقة في صفقة وهي بيع في كتابة فلا يجوز للنهي
عنها **قال** واذا ادى الخمر عتق لان العقد منعقد وان كان فاسدا فيعتق بالاداء وقال زفر لا يعتق الا باداء
قيمة نفسه لان البدل في الكتابة الفاسدة هو القيمة فيعتق باداءه ولا يعتق باداء ما ليس ببدل هكذا
ذكره في الكافي وعزاه الى المبسوط والذخيرة وكذا ذكره في الهداية وفي بعض نسخ الهداية وقال زفر لا يعتق
الا باداء قيمة الخمر وهو غلط من الكاتب وعن ابي يوسف انه يعتق باداء الخمر لانه بدل صورة ويعتق باداء القيمة
ايضا لانه هو البدل معنى وعن ابي حنيفة ومحمد انه يعتق باداء عين الخمر اذا قال ان اديتها فانت حر باعتبار
انه معلق بالشرط وقد وجد الشرط فصار نظير ما لو كاتبه على ميتة او دم فانه لا يعتق الا في صورة التعليق
وفي ظاهر الرواية يعتق باداء الخمر وكذا الخنزير والفرق بينهما وبين الميتة والدم ان الخمر والخنزير مال في الجملة
ولم يكن وان لم يكن لهما قيمة في حق المسلمين فانعقد بهما العقد وموجب الانعقاد العتق عند اداء
البدل المشروط واما الميتة والدم فليسا بمال اصلا عند احد فلم ينعقد العقد بهما فاعتبر فيهما معنى الشرط
لا غير وذلك بالتعليق صريحا **قال** وسعى في قيمته لانه وجب عليه رد رقبته لفساد العقد وقد تعذر
الرد بالعتق فيجب عليه رد قيمته كما في البيع الفاسد اذا اعتق المشتري المبيع او تلف في يده **قال**
ولم ينقص عن المسمى ويزيد عليه لانه عقد فاسد فيجب فيه القيمة بالغة ما بلغت كما في البيع الفاسد غير
ان المولى لم يرض ان يعتقه باقل مما سمى فلا ينقص منه ان نقصت قيمته عن المسمى والعبد يرضى بالزيادة
حتى ينال شرف الحرية فيزاد عليه اذا زادت قيمته على المسمى وفيما اذا كاتبه على قيمته يعتق باداء القيمة
لانه هو البدل في الفاسد ذكرها او لم يذكرها فامكن اعتبار معنى العقد فيه واثر الجهالة في الفساد
لا في ابطال العقد بخلاف ما اذا كاتبه على ثوب حيث لا يعتق باداء ثوب لانه يختلف اختلافا فاحشا
لا يوقف على مراد المولى فكانت الكتابة باطلة فلا تعتبر اصلا حتى لو ادى قيمته ايضا لا يعتق الا اذا
علقه به قصدا بان قال ان اديت الي ثوبا فانت حر فحينئذ يعتق باداء ثوب لانه تعليق صريح فصار من
باب الايمان وهي تنعقد مع الجهالة فتنصرف الى ما ينطلق عليه اسم الثوب والمكاتبة معاوضة فتمنع

بالجهالة الفاحشة وما فيه من معنى اليمين تابع لانه ثبت في ضمن المعاوضة فيبطل ببطلان المعاوضة
فلا يعتبر اصلا والاصل فيه عند علمائنا الثلاثة ان المسمى متى كان شيئا لا يصلح عوضا لجهالة القدر او لجهالة
الجنس فان العبد لا يعتق باداء المسمى ولا باداء القيمة اذ لا ينعقد هذا العقد اصلا لا على المسمى ولا على القيمة
وهذا لان عتق المكاتب معلق باداء العوض وليس بمعلق بمطلق الاداء فاذا كان المسمى لا يصلح عوضا كالثوب
لا يتعلق به وان كان يصلح عوضا يتعلق به كالقيمة فانها معلومة من وجه وتصير معلومة من كل وجه
عند الاداء حتى تصير معلومة القدر والجنس والصفة ولهذا اصير اليها في ضمان العدوان وضمان العقود
اذا فسدت التسمية **قال** وصح على حيوان غير موصوف اي صح عقد الكتابة على حيوان اذا بين جنسه
لا نوعه وصفته كالعبد والوصيف وينصرف الى الوسط ويجبر المولى على قبول القيمة كما يجبر على قبول العين
لان كل واحد اصل فالعين اصل تسمية والقيمة ايضا اصل لان الوسط لا يعلم الا بها فاستويا وقال الشافعي
رحمه الله لا يجوز هذا العقد لان المسمى فيه مجهول فصار كما لو لم يبين جنسه بان كاتبه على دابة او دار
او ثوب وكالبيع والجامع كونهما معاوضة لا يصحان الا بتسمية البدل ولنا ما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما
انه اجاز الكتابة على الوصيف ولانها مبنية على المسامحة والمساهلة فلا تفسد التسمية في البدل كالنكاح
وصار كالجهالة في الاجل فانه اذا كاتبه على الف الى العطاء ونحوه كالحصاد صح لما ذكرنا بخلاف البيع لانه مبني
على المضايقة والمماكسة وهو معاوضة مال بمال من كل وجه والكتابة معاوضة بغير مال في الابتداء اذ البدل
مقابل بفك الحجر ابتداء وهو ليس بمال وفي الانتهاء وان كان معاوضة مال بمال لكونه يقابل الرقبة لكن على وجه
يسقط الملك عنه لكون العبد لا يملك مالية نفسه فشابه النكاح وبخلاف ما اذا كاتبه على دابة او نحوها
لان الجهالة فاحشة فيه فلا ينعقد اصلا على ما بينا وبخلاف ما اذا كاتبه على قيمته حيث يفسد ويجب فيه
القيمة والفرق ان الجهالة في القيمة جهالة في القدر والجنس والوصف في الحال والجهالة في العبد جهالة في
الوصف دون القدر والجنس فخفت الجهالة ولهذا لو كاتبه على قيمة عبد لا يجوز لما ذكرنا وعلى عبد يجوز لما
بينا فعلم بما ذكرنا ان جهالة الوصف لا تمنع الصحة في معاوضة مال بغير مال وجهالة جنس منفعته لا تمنع
في الكل **قال** او كاتب كافر عبده الكافر على خمر يعني صح هذا الوجه لان الخمر مال متقوم في حقهم كالعصير في حق المسلم
فتصح تسميته اذا كان المسمى معلوما واحترز بقوله عبده الكافر عن عبده المسلم فانه يقع فاسدا ويجب فيه القيمة
على ما بينا فيما اذا كان المولى مسلما **قال** واي اسلم فله قيمة الخمر لان المسلم ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها
وفي تسليم عين الخمر تمليكها وتملكها اذ المولى لم يملكها قبل التسليم لكونها موصوفة في الذمة والقبض
يرد على معين فيكون غير ما ورد عليه العقد فيكون تمليكا من العبد وتملكا من المولى في الحال وعوضا
عما في الذمة فلا يجوز في حق المسلم فعجز عن تسليم الخمر فوجب المصير الى ايجاب قيمة الخمر لقيامها مقام المسمى
وتكون الكتابة باقية على حالها بخلاف ما اذا باع ذمي من ذمي بخمر ثم اسلم احدهما قبل القبض حيث يفسد
البيع عند بعضهم لان العقد يقع على ما يصلح بدلا في الجملة ففي الكتابة يصح ان تكون القيمة بدلا في الجملة
الا ترى انه اذا كاتبه على وصيف او نحوه يجوز الكتابة وتجب القيمة فكانه كاتبه على القيمة ولهذا اجبر
المولى على قبول القيمة ولهذا جاز ان ينعقد على القيمة فاولى ان يبقى بخلاف البيع لانه لا ينعقد على
القيمة صحيحا اصلا فكذا لا يبقى عليها **قال** وعتق بقبضها اي بقبض قيمة الخمر لان الكتابة عقد
معاوضة وسلامة احد العوضين لاحدهما توجب سلامة العوض الاخر للاخر واذا ادى الخمر عتق ايضا
لتضمن الكتابة تعليق العتق باداء الخمر اذ هي المذكورة في العقد فصار كما لو كاتب المسلم عبده على خمر فانه
يعتق باداء الخمر او قيمة نفسه على ما مر قال في الكافي هكذا ذكره بعض المشايخ كالقاضي ظهير الدين الكبير
ونجم الدين الانفس والزجي والنيسابوري في شرح الجامع الصغير وفي شرح الطحاوي والتمرتاشي لو ادى الخمر

لا يعتق ولو ادى القيمة يعتق لان الكتابة انتقلت الى القيمة ولم يبق الخمر بدلا في هذا العقد لانه انعقد
صحيحا على الخمر ابتداء وبقي بعد الاسلام على قيمتها صحيحا على حاله ولا يتصور بقاؤه صحيحا على الخمر بعد الاسلام
فخرجت الخمر من ان تكون بدلا وتعينت ضرورة وباداء عين البدل لا يعتق بخلاف ما اذا كاتب المسلم عبده او كاتب
الكافر عبده المسلم على خمر حيث يعتق باداء الخمر لان العقد فيه انعقد فاسدا فيعتق باداء البدل المشروط
فيه لما فيه من معنى التعليق فيعتق باعتباره ويضمن لمولاه قيمته لانها ليست بمال والله اعلم **باب ما يجوز
للمكاتب ان يفعله** قال رح وللمكاتب البيع والشراء والسفر لان مقصود السيد من العقد الوصول الى
بدل الكتابة ومقصود العبد منه الوصول الى الحرية وذلك انما يحصل بالبيع والشراء فلا يتفقان في الحضر
فيحتاج الى الخروج الى السفر ويملك البيع بالمحاباة لانه من عادة التجار يفعلون ذلك اظهارا للمسامحة
واستجلابا لقلوب الناس كي تكثر معاملوه فتكثر بيوعه وتصرفاته كلها فيصل الى مقصوده في ادنى مدة
وهو يحابي في صفقة ليربح في اخرى قال رح وان شرط ان لا يخرج من المصر هذا متصل بما قبله اي له ان
يسافر وان شرط المولى عليه ان لا يخرج من البلد لان هذا الشرط يخالف مقتضى عقد الكتابة لان مقتضاه
مالكية اليد على وجه الاستبداد والاختصاص بنفسه ومنافع نفسه وان لا يتحكم عليه احد وتحصيل
المال باي وجه شاء وذلك بان يتصرف كيف ما شاء وينفرد به لان التحصيل يختلف باختلاف الاوقات
والاماكن خصوصا في السفر فانه مظنة التحصيل ومظنة الربح قال الله تعالى وآخرون يضربون في الارض
يبتغون من فضل الله فكل شرط يمنعه من ذلك فهو خلاف موجب العقد ومقصوده فيبطل هو دون العقد لان
الكتابة لا تبطل بالشرط الفاسد الا اذا كان داخلا في صلب العقد لان الكتابة تشبه البيع من حيث انها تحتمل
الفسخ قبل اداء البدل وتشبه النكاح من حيث انها لا تحتمل الفسخ بعد الاداء ولانها مبادلة مال بمال في حق المولى
ومبادلة مال بغير مال في حق العبد اذ لا يملك نفسه فيوفر عليهما حظهما فالحقناها بالبيع تبطل بالشرط الفاسد
اذا تمكن في صلب العقد وهو ان يكون في البدل مثل ان يشترط خدمته او يكاتبه على خمر او خنزير والحقناها
بالنكاح لا تبطل به اذا لم يتمكن في صلب العقد كاشتراطه ان لا يخرج من البلد او لا يبيع بالنسيئة ونحو ذلك
ولان الكتابة في جانب العبد تشبه الاعتاق وهذا الشرط يختص بجانب العبد فاعتبر اعتاقا في حق هذا الشرط والاعتاق
لا يبطل بالشرط كما اذا اعتق عبدا على انه سائبة يكون الشرط باطلا والاعتاق صحيح قال رح وتزويج امته
لانه من باب الاكتساب لانه يملك المهر وتسقط نفقتها عن نفسه وقد اطلق له باب الاكتساب فيملكه
ضرورة بخلاف تزويج المكاتبة نفسها حيث لا يجوز لها وان كان فيه اكتساب لان ملك المولى فيها باق
يمنعها من الاستبداد بنفسها وفيه تعييبها وربما تعجز فيبقى هذا العيب فيكون على المولى ضرر وليس
مقصودها ايضا بتزويج نفسها المال وانما التحصين والاعفاف بخلاف تزويج امتها فان المقصود منه
كسب المال فيجوز لها كما يجوز للاب والوصي بخلاف العبد المأذون له في التجارة والمضارب والشريك
لانهم لا يملكون الا ما يكون من باب التجارة والتزويج ليس منه فلا يملكونه قال رح وكتابة عبده
وقال زفر والشافعي ليس له ان يكاتب عبده لانه يؤول الى العتق وهو ليس له ان يعتق على مال ولان العقد
لا يتضمن مثله ولهذا لا يجوز للوكيل ان يوكل ولا للمضارب ان يضارب ولنا ان الكتابة عقد اكتساب
للمال فيملكها كما يملك البيع وربما تكون الكتابة انفع من البيع اذ البيع يزيل الملك بنفسه والكتابة
لا تزيله الا بعد وصول البدل الى يده ولهذا يملكه الاب ووصيه وهو لم يملكه على ان العقد يقتضي مثله
وانما ملكه على ان الكتابة ليس من نفس العبد وقد بينا انه يكون انفع من البيع لغيره فاذا جاز البيع
فاولى ان يجوز الكتابة بخلاف ما استشهد به من المسائل لانها لو جازت لجازت على ان العقد يتضمن مثله
اذ لا طريق لجوازها الا هو وبخلاف الاعتاق على مال لانه لا يوجب لغيره الحرية مقصودا للحال وهو لا يقدر

على ذلك ولان فيه ازالة الملك عن العبد بدين في ذمة المفلس فلا يملكه ولان العقد لا يقتضي ما هو مثله
والاعتاق على مال فوق الكتابة فالاولى ان لا يملكه وكذا لا يملك تعليق العتق باداء المال لان فيه اثبات
الحرية مقصودا ولانه فوق الكتابة الا ترى انه لا يقبل النقض والكتابة تقبله فلا يملكه وليس له ان
يكاتب والديه وولده لانهم دخلوا في كتابته تبعا والمكاتب لا يكاتب ولانهم بمنزلة المملوكين للمولى حتى
لو عجز له بيعهم وينفذ عتق المولى فيهم قال رح والولاء له ان ادى بعد عتقه اي الولاء للمكاتب الاول
ان ادى الثاني الكتابة بعد عتق الاول لان الولاء لمن اعتق ومعتقه المكاتب الاول وهو اهل للولاء عند عتق
الثاني وكان ملكه تاما فيه عند ذلك فثبت الولاء له ضرورة قال رح والا فلسيده اي ان لم يؤد المكاتب الثاني
المال الى الاول بعد عتق الاول بل اداه قبل ان يعتق كان الولاء للمولى لا للمكاتب الاول لانه تعذر جعل
المكاتب معتقا له لعدم اهلية الاعتاق فيخلفه فيه اقرب الناس اليه وهو مولاه كما اذا اشترى العبد المأذون
له شيئا فانه لا يملكه لعدم الاهلية ويخلفه فيه مولاه لانه اقرب الناس اليه وهذا لان له فيه نوع ملك
ولعتقه ضرب انضياف الى تصرفه لاستفادته بسببه منه فجعل المكاتب كالنائب عن مولاه وفعل النائب
ينتقل الى الاصل فيكون كانه اعتقه لان فعل نائبه ينتقل اليه فيكون الولاء له ولو ادى الاول بعد ذلك
لا ينتقل الولاء اليه لان المولى جعل معتقا والولاء لا يتحول عن المعتق الى غيره بخلاف جر الولاء في ولد الجارية
فان مولى الجارية هناك ليس بمعتق مباشرة بل تسببا باعتبار اعتاق الاصل وهي الام والاصل ان الحكم لا يضاف
الى السبب الا عند تعذر الاضافة الى العلة والتعذر عند عدم عتق الاب فاذا اعتق زالت الضرورة فتحول
الولاء الى قوم الاب قال رح لا التزوج بلا اذن اي لا يملك التزوج بغير اذن مولاه لان فيه تعييب نفسه
لما فيه من شغل ذمته بالمهر والنفقة ولم يطلق له الا عقود توصله الى تحصيل مقصوده وهو كل عقد فيه اكتساب
المال وفي حق ما ليس فيه ذلك هو باق على الحجر وحكمه فيه كحكم العبد المحجور عليه بخلاف تزويج امته لان فيه اكتساب
مال على ما بيناه ويملك التزوج باذن المولى لان الحجر لاجله لما ان ملكه باق فيه فيجوز باتفاقهما لو عبد او حجه
عن ملك المولى يدا ولثبوت ملكه في الرقبة قال رح والهبة والصدقة الا بيسير لانهما تبرع وهو ليس من اهله
الا ان اليسير منه من ضرورات التجارة اذ لا يجد بدا من ضيافة واعارة ليجتمع عليه المجاهزون وهي من ضرورات
التجارة فيملكه لان من ملك شيئا ملك ما هو من ضروراته وتوابعه ولا يهب بعوض لانه تبرع ابتداء فلا
يملكه قال رح والتكفل والاقراض لانهما تبرع محض وليسا من ضرورات التجارة ولا من باب الاكتساب
فلا يملكه ولا فرق في الكفالة بين ان تكون بنفس المال او في النفس وبين ان تكون بالامر او بغير الامر لان الكل تبرع
قال رح واعتاق عبده ولو بمال وبيع نفسه منه لانه ليس باهل للاعتاق لان العتق لا يتصور الا من
المالك والمكاتب لا يملك الرقبة فلا ينفذ عتقه ولو على مال لان فيه اسقاط الملك عن العبد بمقابلة دين في ذمة
المفلس فلا يكون من باب الاكتساب وقد بيناه وبيع العبد من نفسه اعتاق على ما بيناه في الوكالة فلا يملكه
قال رح وتزويج عبده اي لا يملك تزويج عبده وكذا لا يوكل به لانه تعييب له ونقص لماليته لكونه
شاغلا لرقبته بالمهر وكسبه بالنفقة وليس هو من باب الاكتساب في شيء بخلاف تزويج الامة على ما بينا
قال رح والاب والوصي في رقيق الصغير كالمكاتب ولا يملك مضارب وشريك شيئا منه لان الاب والوصي
يملكان الاكتساب كالمكاتب فيملكان ما يملكه المكاتب من تزويج الامة وكتابة مملوك الصغير والمضارب
وشريكي العنان والمفاوضة لا يملكون الا التجارة والتزويج والكتابة ليسا منها وهذا لان التجارة مبادلة
المال بالمال والبضع ليس بمال وكذا الكتابة لان المال يقابل بفك الحجر في الحال وهو ليس بمال فلا يملكونه
بخلاف الاجارة فانها مبادلة المال بالمال ولهذا لا يثبت فيها الحيوان دينا في الذمة بدلا عن المنافع ولولا
انها مال لما ثبت وكذا المنافع تصلح مهرا ولولا انها مال لما صلحت لان الله تعالى شرع ابتغاء النكاح بالمال

بقوله عليه السلام ان ينتفعوا باموالكم ولم يلزمه تغير المال لان الاصل فيه ان من كان تصرفه عاما في التجارة وغيرها
يملك تزويج الامة والكتابة كالاب والوصي والجد والمكاتب والقاضي وامينه وكل من كان تصرفه خاصا في
التجارة كالمضارب والشريك والماذون له لا يملك تزويج الامة ولا الكتابة عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
وقال ابو يوسف يملكون تزويج الامة لان فيه منفعة على ما بيناه وجوابه انه ليس من باب التجارة على ما بينا
فلا يملكونه وجعل في النهاية شريك المفاوضة كالمكاتب وجعله في الكافي كالماذون له في التجارة وكل
وجه وجعله كالماذون اشبه بالفقه قال رحمه الله ولو اشترى اباه او ابنه تكاتب عليه لان المكاتب من اهل
ان يكاتب وان لم يكن اهلا للعتق فيجعل مكاتبا معه تحقيقا للصلة بقدر الامكان وهذا لان المكاتب ليس
بمالك رقبته والعتق يختص بملك الرقبة لقوله عليه السلام لا عتق فيما لا يملك ابن ادم فاذا تعذر الاعتاق
صار مكاتبا مثله لتعذر بخلاف الحر فانه يملك الرقبة ولا تعذر في حقه فيعتق عليه سواء كان اهلا للاعتاق
بان كان بالغا عاقلا او كان صغيرا او مجنونا لان هذه الصلة وهي العتق تجب حقا للعبد فلا يختلف بين ان
يكون مكلفا او لم يكن كنفقات الزوجات والاقارب ثم ذكر الاب والابن هنا وقع اتفاقا ولا يختص هذا الحكم
بهما بل بجميع من له قرابة الولاد يدخلون في كتابته تبعا له واقواهم دخولا الولد المولود في الكتابة
ثم الولد المشترى ثم الوالدان وعن هذا يتفاوتون في الاحكام فان الولد المولود في الكتابة يكون حكمه حكم
ابيه حتى اذا مات ابوه ولم يترك وفاء يسعى على نجوم ابيه والولد المشترى يؤدي بدل الكتابة حالا والا رد في

الولد المشترى في الكتابة

الرق والوالدان يردان في الرق كما مات ولا يؤديان حالا ولا مؤجلا وانما كان كذلك لان الولد المولود في الكتابة
تبعيته ثابتة بالملك وبالبعضية الثابتة حقيقة وقت العقد والولد المشترى تبعيته ثابتة بالملك
وبالبعضية بينهما حكما في حق العتق لا حقيقة في حقه لانه لا بعضية بينهما حقيقة بعد الانفصال والوالدان
تبعيتهما باعتبار الملك لا باعتبار البعضية فانهما ليسا ببعض له فاختلفت الاحكام لذلك قال رحمه الله
ولو اخاه ونحوه لا اي لو اشترى اخاه او غيره من محارمه غير الولاد لا يكاتب عليه وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا يكاتب عليه لان وجوب الصلة يشمل القرابة المحرمة للنكاح ولهذا يعتق على الحر كل ذي رحم محرم وتجب
نفقتهم عليه ولا يرجع فيما وهب لهم ولا تقطع يده اذا سرق منهم الى غير ذلك من الاحكام المختصة بهم فكذا
هذا الحكم ولابي حنيفة رحمه الله ان للمكاتب كسبا وليس له ملك حقيقة لوجود ما ينافيه وهو الرق ولهذا لو اشترى
امراته لا يفسد نكاحه ويجوز دفع الزكاة اليه ولو وجد كنزا غير ان الكسب يكفي للصلة في الولاد الا ترى
ان القادر على الكسب يخاطب بنفقة الوالد والولد ولا يكفي في غيرهما حتى لا يخاطب الاخ بنفقة اخيه الا
اذا كان موسرا والدخول في الكتابة بطريق الصلة فيختص الوجوب بمحله ولان هذه قرابة تشبه بني
الاعمام في حق بعض الاحكام كحل الحليلة وجريان القصاص من الجانبين وقبول الشهادة ودفع الزكاة اليه
وتشبه الولاد في حق حرمة المناكحة ووجوب النفقة وحرمة الجمع بين اثنين منهم في النكاح فالحقناها بالولاد
في العتق وبني الاعمام في الكتابة توفيرا على الشبهين حظهما والعمل على هذا الوجه اولى من العمل على عكسه
لان العتق اسرع نفوذا من الكتابة فان احد الشريكين اذا اعتق نصيبه ليس للاخر ان يبطله ولو كاتب
كان له ان يبطله قال رحمه الله ولو اشترى ام ولده معه لم يجز بيعها اي لو اشترى المكاتب ام ولده مع ولده
منها لم يجز له بيعها لان الولد لما دخل في كتابته امتنع بيعه لما ذكر فتتبعه امه فيه فامتنع بيعها لانها تبع
له قال عليه السلام اعتقها ولدها ولانه لا تدخل في كتابته حتى لا تعتق بعتقه ولم ينفسخ النكاح لانه لم يملكها فجاز
له ان يطاها بملك النكاح وكذا المكاتبة اذا اشترت زوجها غير انها لها ان تبيعه كيفما كان لان الحرية
لم تثبت من جهتها على ما بيناه من قبل ولو ملكها بدون الولد جاز له بيعها عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ليس له
ان يبيعها لانها ام ولده فصار كالحر اذا اشترى ام ولده وحدها بدون ولده ولابي حنيفة رحمه الله ان القياس

ان يجوز بيعها وان كان معها الولد لان كسب المكاتب موقوف بين ان يؤدي فيتقرر له وبين ان يعجز فيتقرر
للمولى فلا يتعلق به ما لا يحتمل الفسخ وهو امومية الولد اذ لو تعلق به لكان كسب المكاتب غير محتمل الفسخ
او كان الاستيلاد محتملا للفسخ فينفسخ بانفساخ الكتابة فحينئذ يلزم ان يجعل الشيء الذي هو غير قابل
للفسخ من جملة ما يقبل الفسخ بطريق التبعية وذلك لا يجوز لان الذي لا يقبل الفسخ اقوى فلا يكون تبعا
لما هو دونه وما للمكاتب موقوف فلا يجوز ان يتعلق به ما لا يلحقه الفسخ الا انه يمتنع بيعها تبعا للولد
منه وما ثبت تبعا يثبت بشرائط المتبوع لو ثبت بدون الولد لثبت ابتداء والقياس ينفيه قال رحمه الله وان
ولد له من امته ولد تكاتب عليه وكسبه له لانه بالدعوة ثبت نسبه منه فيتبعه في الكتابة على ما بينا
وكان كسب الولد للمكاتب لانه في حكم مملوكه فكان كسبه له كما كان قبل الدعوة اذ لا ينقطع بالدعوة اختصاصه
وكذا لو ولدت المكاتبة ولدا دخل الولد في كتابتها لان الولد المولود تسري اليه الصفات الشرعية الثابتة
في الام كالتدبير والاستيلاد والحرية والملك فاذا سرى اليه صار حكمه حكم امه فكانت هي احق به وبكسبه
لانه جزؤها وقد انقطع حق المولى عنه قال رحمه الله وان زوج امته من عبده فكاتبهما فولدت دخل في كتابتها
وكسبه لها لان الولد يتبع الام في الاوصاف الحكمية فكان مكاتبا تبعا لها وكانت احق بكسبه من الاب
لانه لا ملك له عليها حتى يسري الى الولد وقد انقطع يد المولى ولو قتل هذا الولد تكون قيمته للام دون الاب
لما ذكرنا انها احق به بخلاف ما اذا قبلا الكتابة عن انفسهما وعن ولد لهما صغير فقتل الولد حيث تكون قيمته
بينهما ولا تكون الام احق بها لان دخوله في الكتابة هنا بالقبول عنه والقبول وجد منهما فيتبعهما
فلا يكون احدهما اولى به من الاخر وفيما نحن فيه لم يدخل بالقبول وانما دخل بمجرد التبعية وفيها الام اولى
على ما بينا قال رحمه الله مكاتب او ماذون نكح باذن حرة بزعمها فولدت فاستحقت فولدها عبد يعني لو تزوج مكاتب
او عبد ماذون له في التجارة امراة زعمت انها حرة باذن مولاه فولدت منه ثم استحقت فالولد رقيق ليس
له ان ياخذه بالقيمة وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله ولدها حر بالقيمة يعطيها
المستحق في الحال اذا كان التزوج باذن المولى وان كان بغير اذنه يعطيها بعد العتق ثم يرجع هو بما ضمن من قيمة
الولد على الامة المستحقة بعد العتق ان كانت هي الغارة له وكذا اذا غره عبد ماذون او غير ماذون له في
التجارة او مكاتب رجع عليه بعد العتق لانه ليس من باب التجارة فلا ينفذ في حق مولى الغار وان غره حر
رجع عليه في الحال لان ضمان الغرور كضمان الكفالة فيرجع به على الحر في الحال وعلى غيره بعد الحرية ولو كان
مكاتبا وكذا حكم المهر فان المستحق يرجع عليه في الحال اذا كان التزوج باذن مولاه والا فبعد الحرية وليس له
ان يرجع على احد بالمهر على ما عرف في موضعه وحكم الغرور يثبت بالتزويج دون الاخبار بانها حرة لمحمد انه
تزوجها رغبة في حرية الاولاد معتمدا على قولها فلم يحصل له رضا مغرورا كالحر فتكون اولاده احرارا
بالقيمة دفعا للضرر عنه كالحر ولهما انه مولود بين رقيقين فيكون رقيقا اذ الولد يتبع الام في الرق
والحرية وتركنا هذا في الحر باجماع الصحابة رضي الله عنهم والعبد ليس في معنى الحر لان حق المولى وهو المستحق
في الحر مجبور بقيمة واجبة في الحال وفي العبد بقيمة متاخرة الى ما بعد العتق فتعذر الالحاق لعدم المساواة
هكذا ذكروا هنا وهذا مشكل جدا فان دين العبد اذا لزمه بسبب اذن فيه المولى يظهر في حق المولى
ويطالب به في الحال والموضوع هنا مفروض فيما اذا كان باذن المولى وانما يستقيم هذا اذا كان التزوج بغير
اذن المولى لانه لا يظهر فيه الدين في حق المولى فلا يلزمه المهر ولا قيمة الولد في الحال ولهذا المسئلة
التي تلي هذه المسئلة لهذا المعنى قال رحمه الله وان وطئ امة بشراء فاسد فردت فالعقر
في الكتابة اي لو اشترى المكاتب امة شراء فاسدا فوطئها ثم ردها بحكم الفساد على البائع وجب عليه
العقر في حال الكتابة قبل العتق وكذا العبد الماذون له في التجارة لان هذا من باب التجارة فان التصرف

يقع صحيحا تارة ويقع فاسدا اخرى والكتابة والاذن يتضمنان البيع والشراء بنوعيهما فكانا مأذونين فيهما
كالتوكيل بهما فيظهر في حق المولى فيؤاخذ به في الحال قال رحمه الله ولو بنكاح اخذ به مذ عتق اي لو تزوج المكاتب
امرأة بغير اذن مولاه فوطئها فيؤخذ بالعقر بعد العتق وكذلك المأذون له في التجارة لان التزوج ليس من الاكتساب
ولا من باب التجارة فلا ينتظمه الاذن بالتجارة ولان الكتابة كالكفالة فلا تظهر في حق المولى فلا يؤاخذ به
في الحال بخلاف الفصل الاول وهو ما اذا وطئها بحكم الشراء الفاسد لان الاذن بالتجارة او الكتابة يتناول
الشراء الفاسد على ما بينا فيكون ظاهرا في حق المولى وبخلاف ما اذا اشترى امة فوطئها ثم استحقت حيث يؤاخذ
بالعقر في الحال لانه من توابع التجارة فيتناوله الاذن وهذا لان المشتري لا يسلم في كل مرة بل يجوز ان يستحق
فكان هذا العقر من توابعها لانه لولا الشراء لما وجب وانما كان يجب الحد وما يجب بسبب الشراء يكون من ضمان
التجارة وان كان مقابلا بما ليس بمال الا ترى ان العارية والهدية اليسيرة والضيافة اليسيرة لما كانت
من توابع التجارة التحقت بالتجارة حتى صار العبد مأذونا فيها وتناولها الاذن بتناوله التجارة وان كانت
هي في نفسها تبرعا وفيما نحن فيه وجب العقر باعتبار شبهة النكاح وذلك ليس من التجارة في شيء ولا من الكسب
فلا يتناوله الاذن ولا عقد الكتابة فيتأخر ما وجب فيه الى ما بعد العتق لعدم ولاية التزامه بهذا الطريق
بغير اذن المولى والله اعلم

فصل قال رحمه الله ولدت مكاتبة من سيدها مضت على كتابتها او عجزت
وهي ام ولد له لانها لما ولدت من مولاها صارت ام ولده فتلقاها جهتا حرية عاجلة ببدل وهي الكتابة
وآجلة بغير بدل وهي امومية الولد فتختار ايهما شاءت ونسب ولدها ثابت بالدعوة ولا يحتاج الى تصديقها
لانها مملوكة له رقبة بخلاف ما اذا ادعى ولد جارية المكاتبة حيث لا يثبت النسب من المولى الا اذا صدقته
المكاتبة لانه لا ملك له حقيقة في ملك المكاتبة وانما له حق الملك فيه فيحتاج الى تصديقها بخلاف ما اذا ادعى
ولد جارية ابنه حيث يثبت نسبه بمجرد الدعوى ولا يحتاج فيه الى تصديق الابن لان له ان يتملك مال
ولده للحاجة فيتملكها قبيل الاستيلاد شرطا له على ما بيناه في النكاح فلا حاجة الى تصديقه والولد حر
لان المولى يملك اعتاق اولادها لانهم يتكاتبون عليها ولا يملك بيعهم فصار حكمه كحكمها واذا مضت على
الكتابة اخذت عقرها من سيدها لكونها اخص بنفسها واكسابها واذا مات المولى عتقت بالاستيلاد وسقط
عنها مال الكتابة لانها ما التزمت البدل الا لتسلم لها نفسها بمقابلته بجهة الكتابة فاذا سلمت لها بجهة اخرى
لم ترض بتسليمه له او لورثته مجانا فلا يجب عليها وان ماتت وتركت مالا تؤدى كتابتها منه وما بقي ميراث
لولدها لثبوت عتقها في آخر جزء من حياتها وان لم تترك مالا فلا سعاية على هذا الولد لانه حر وان ولدت
ولدا آخر لم يثبت نسبه من غير دعوة لحرمة وطئها عليه وولد ام الولد انما يثبت نسبه من غير دعوة اذا لم يحرم
على المولى وطؤها وان حرم فلا يلزمه حتى اذا عجزت نفسها وولدت بعد ذلك في مدة يمكن العلوق بعد التعجيز
يثبت نسبه من غير دعوة الا اذا نفاه صريحا كسائر امهات الاولاد ولو لم يدع الولد الثاني وماتت من غير
وفاء سعى هذا الولد في بدل الكتابة لانه مكاتب تبعا لها ولو مات المولى بعد ذلك عتق وبطل عنه السعاية
لانه بمنزلة ام الولد اذ هو ولدها فيتبعها قال رحمه الله وان كاتب ام ولده او مدبره صح لان ملكه ثابت في كل
واحد منهما وان كانت ام الولد غير متقومة عند ابي حنيفة رحمه الله وعقد الكتابة يرد على المملوك لحاجته الى التوصل
الى ملك اليد والمكاسب في الحال والى الحرية في المآل وام الولد في هذا كغيرها لانها مملوكة يدا ورقبة فيتحقق
حكم الكتابة فيها فتملك ما يملكه المكاتب في الحال والمآل وكسبها للمولى فينتفع منها باثبات هذه المالكية
لها بالبدل ولانه ملك فيها محترم وان لم يكن متقوما عند ابي حنيفة رح وجاز اخذ العوض عنه كالقصاص
قال رحمه الله وعتقت مجانا بموته اي عتقت بموت المولى بغير شيء يلزمها وسقط عنها بدل الكتابة لانها عتقت
بسبب امومية الولد لبقاء حكم الاستيلاد بعد الكتابة لعدم التنافي بينهما ومن حكمه عتقها بعد الموت

منقومة عند الاعظم

مجانا وتسلم لها الاولاد والاكساب لانها عتقت وهي مكاتبة وملكها يمنع من ثبوت ملك الغير فيه فصار كما اذا
اعتقها المولى في حال حياته ولئن انفسخت الكتابة في حق نفسها تبقى في حق الاولاد والاكساب لان الفسخ للنظر لها
والنظر لها في بقاء الكتابة ليتبعها اولادها في العتق وتسلم لها اكسابها فجعل كانها عتقت بالاداء في حق
الاولاد والاكساب ولان دخول اولادها في الكتابة بطريق التبعية فيعتقون بعتقها تبعا لها لان للتبع حكم
المتبوع ولا يمكن ذلك الا بالطريق الذي بيناه وهو ان تنفسخ الكتابة في حق سقوط البدل عنها فقط وتبقى
في حق غيره من الاحكام نظرا لها ولو ادت بدل الكتابة قبل موت المولى عتقت بالكتابة لبقائها الى وقت الاداء
وبالاداء تتقرر ولا تبطل قال رحمه الله وسعى المدبر في ثلثي قيمته او كل البدل بموته فقيرا اي لو مات بعد ما كاتبه
ولا مال له غيره فهو بالخيار بين ان يسعى في ثلثي قيمته او جميع بدل الكتابة وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف
يسعى في الاقل منهما وقال محمد يسعى في الاقل من ثلثي قيمته وثلثي بدل الكتابة فالخلاف في موضعين في الخيار
والمقدار وابو يوسف مع ابي حنيفة في المقدار ومع محمد في نفي الخيار اما الكلام في الخيار فمبني على تجزي الاعتاق
وعدم التجزي فعنده لما كان متجزيا بقي ما وراء الثلث عبدا وبقيت الكتابة فيه كما كانت قبل عتق الثلث
فتوجه لعتقه جهتان كتابة مؤجلة وسعاية معجلة فيخير لتفاوت بين الامرين وفي التخيير فائدة لجواز
ان يكون اداء اكثر المالين ايسر باعتبار الاجل واقلهما اعسر اداء لكونه حالا فكان في التخيير فائدة وان
كان جنس المال متحدا وعندهما لما عتق كله بعتق ثلثه لان الاعتاق لا يتجزى عندهما بطلت الكتابة وبطل
الاجل لانه كان لاجل الكتابة وقد بقي عليه اصل الدين غير مؤجل لان عتق بعضه حصل بطريق الوصية لكون
التدبير وصية وعتق بعضه بطريق الوصية لا يسقط عنه بدل الكتابة كما لو اعتقه المولى في مرض
موته ولا مال له سواه فانه يعتق كله عندهما ويسقط عنه ثلث بدل الكتابة ان لم يكن عليه دين واذا
بقي عليه بدل الكتابة حالا ووجب عليه ثلثا القيمة بالتدبير حالا فيلزمه اقلهما من غير تخيير اذ لا فائدة
في التخيير بين القليل والكثير في جنس واحد فصار نظير ما لو اعتق عبده على الف او الفين فانه يلزمه
الاقل بلا خيار بالاتفاق فكذا هذا والفرق لابي حنيفة ان البدلين حال في مسئلة الالفين وهما من جنس واحد
فيجب الاقل وهو المتيقن اذ لا فائدة في التخيير وفيما نحن فيه احدهما مؤجل فيفيد التخيير على ما بينا واما
الكلام في المقدار فعندهما لا يسقط عنه من بدل الكتابة شيء وعند محمد يسقط عنه ثلثه لان الكتابة
صادفت كله فيكون البدل مقابلا بالكل وقد عتق ثلثه بالتدبير فيبطل ما بازائه من البدل الا ترى انه
لو عتق كله بالتدبير بان كان يخرج من الثلث سقط عنه كل البدل فكذا اذا عتق ثلثه به وجب ان يسقط
ثلثه اعتبارا للجزء بالكل ولهذا لو ادى كل البدل في حياته يعتق كله ولو كان ثلثه مستحقا بالتدبير ولم
يرد عليه عقد الكتابة لما عتق كله بالاداء وصار كما لو تقدمت الكتابة وتأخر التدبير ولهما ان المال
قوبل بما يصح مقابلته به وبما لا يصح فانصرف كله الى ما يصح كرجل طلق امرأته طلقتين ثم طلقها
ثلاثا بالف لزم الالف كله مقابلا بما بقي وهي الطلقة وهذا لان موجب الكتابة ثبوت ما لم يكن ثابتا
للمكاتب والبدل بمقابلة ذلك لا بمقابلة ما هو ثابت له والتدبير يوجب استحقاق ثلث رقبته للحال
فلا يتصور استحقاقه بالكتابة ليكون بمقابلته شيء من البدل فكان البدل كله بمقابلة ما وراءه
ضرورة واذا ثبت ان بدل الكتابة يقابل بما وراء المستحق بالتدبير ولم يسلم شيء منه للعبد بموت
المولى فلا يسقط شيء منه من بدل الكتابة وهذا بخلاف ما لو دبر مكاتبه لان البدل هناك مقابل بكل الرقبة
اذ لم يستحق شيء من رقبته عند الكتابة فاذا اعتق بعض الرقبة بعد ذلك بالتدبير سقط حصته من
بدل الكتابة بقدره واما هنا فالكتابة وقعت بعد التدبير ومالكية الثلث قد سقطت حتى لو اتلفه
انسان لا يضمن الا قيمة الثلثين فكان البدل بازاء الثلثين ضرورة واليه هذا كما اذا ادى في حياته

لان استحقاق الثلث قد بطل فبطل التدبير الذي قلنا الا ترى ان ام الولد اذا كاتبها ثم مات سقط عنها
بدل الكتابة كله لاستحقاقها الحرية بجهة اخرى فكان نفسها كانت سالمة لها بتلك الجهة ولو ادت البدل
في حال حياته صح الاداء وعتقت به لبطلان استحقاقها بالاداء في حال حياته قال رح وان دبر مكاتبه
صح لانه يملك تنجيز العتق فيه فيملك التعليق بشرط الموت وهذا لانه يملك رقبته وهذا التصرف نافع
له لاحتمال ان يموت المولى قبل اداء بدل الكتابة فيعتق مجانا او يعجز عن اداء بدل الكتابة فيبقى له جهة
الحرية متحصلة قال رح وان عجز بقي مدبرا لوجود السبب الموجب له قال رح والا سعى في ثلثي قيمته او ثلثي
البدل بموته معسرا اي ان لم يعجز ومات المولى معسرا فهو بالخيار بين ان يسعى في ثلثي قيمته وبين ان يسعى
في ثلثي بدل الكتابة وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يسعى في الاقل منهما فالخلاف في الخيار مبني على تجزي
الاعتاق وعدم تجزيه على ما بيناه اما المقدار هنا فمتفق عليه لان بدل الكتابة مقابل بكل الرقبة اذ لم
يستحق شيئا من الحرية قبل ذلك فاذا اعتق بعض الرقبة مجانا بعد ذلك سقط حصته من بدل الكتابة بخلاف
ما اذا تقدم التدبير لانه سلم له بالتدبير الثلث فيكون بدل الكتابة مقابلا بما لم يسلم له وهو الثلثان
على ما بيناه قال رح وان اعتق مكاتبه عتق لان ملكه قائم فيه وهو الشرط لنفوذ العتق قال رح وسقط بدل
الكتابة لانه ما التزمه الا لتحصيل العتق وقد حصل بدونه وكذا المولى كان يستحقه مقابلا بالتحرير وقد فات
ذلك بالاعتاق مجانا والكتابة وان كانت لازمة من جانب المولى لكنها تنفسخ بالتراضي بالاجماع وقد وجد
من المولى بالاقدام على الاعتاق ومن العبد بحصول غرضه بلا عوض وبسلامة الكسب له لان الكتابة تنفسخ
في حق سقوط البدل خاصة وتبقى في حق غيره على ما بيناه قال رح وان كاتبه على الف موجل فصالحه على
نصفه حالا صح والقياس ان لا يجوز لانه اعتياض عن الاجل وهو ليس بمال والدين مال فكان ربوا ولهذا
لا يجوز مثله في الحر ومكاتب الغير وجه الاستحسان ان الاجل في حق المكاتب مال من وجه لانه لا يقدر على الاداء
الا به فاعطي له حكم المال وبدل الكتابة مال من وجه حتى لا تصح الكفالة به فاعتدلا فلا ربوا ولان عقد الكتابة
عقد من وجه دون وجه لانه تعليق العتق بشرط الاداء ولانه شرع مع المنافي اذ الاصل ان لا يجري هذا
العقد بين المولى وعبده اذ العبد وما في يده لمولاه والاجل ايضا ربوا من وجه فيكون شبهة الشبهة فلا
يعتبر بخلاف العقد بين الحرين لانه عقد من كل وجه فكان ربوا الاجل فيه شبهة ولان الصلح امكن جعله
فسخا للكتابة السابقة وتجديدا للعقد على خمسمائة حالة قال رح مات مريض كاتب عبده على الفين
الى سنة وقيمته الف ولم تجز الورثة ادى ثلثي البدل حالا او الباقي الى اجله او رد رقيقا معناه ان مريضا
كاتب عبده على الفين الى سنة وقيمته الف درهم ثم مات المولى ولا مال له غيره فانه يؤدي ثلثي الالفين
حالا والباقي الى اجله او يرد رقيقا وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد يؤدي ثلثي الالف حالا
والباقي الى اجله او يرد رقيقا لان له ان يترك الزيادة بان يكاتبه على قيمته فكان له ان يؤخر الزيادة
وهو الف درهم بالطريق الاولى فصار كما اذا خالع المريض امراته على الف الى سنة جاز وان لم يكن له مال
اخر وصار كله موجلا لان له ان يطلقها بدون المال وهذا لان ما زاد على ثلثي قيمته كان المريض متمكنا
من ان لا يملكه اصلا فاذا ملكه موجلا لا يثبت للورثة حق الاعتراض ولهما ان جميع المسمى بدل الرقبة
حتى اجري عليها احكام الابدال من حق الاخذ بالشفعة وجريان المرابحة وحق الحبس بالمسمى فيما اذا
باع ما يساوي الفا بالفين وحق الورثة متعلق بالمبدل فكذا بالبدل والتاجيل اسقاط معنى فيعتبر
من ثلث الجميع بخلاف الخلع لان البدل فيه لا يقابل المال فلم يتعلق حق الورثة بالمبدل فكذا لا يتعلق
بالبدل واصله ان المريض اذا باع داره قيمتها الف بثلاثة الاف الى سنة ثم مات ولا مال له غيرها
ولم تجز الورثة فعندهما يقال للمشتري اما ان تعجل ثلثي جميع الثمن والثلث عليك الى اجله والا فانقض البيع

وعنده يقال له اما ان تعجل ثلثي القيمة والباقي عليك الى اجله والا فانقض البيع وحاصله ان المحاباة
بالاجل تعتبر في جميع الثمن وصية من الثلث عندهما لان التاجيل تبرع من المريض من حيث ان الوارث يصير
ممنوعا عن المال بسبب التاجيل كما يصير ممنوعا بنفس التبرع وتبرع المريض يعتبر من ثلث المال وجميع الثمن
هنا بدل الرقبة بدليل انه يثبت فيه احكام الابدال وعنده الاجل فيما زاد على القيمة يصح من راس المال ويعتبر
في قدر القيمة من الثلث قال رح وان كاتبه على الف الى سنة وقيمته الفان ولم يجيزوا ادى ثلثي القيمة حالا
او رد رقيقا وهذا بالاجماع لان المحاباة هنا حصلت في القدر والتاخير فاعتبر الثلث فيهما والفرق لمحمد
بين هذه المسئلة وبين الاولى ان الزيادة على القيمة كانت حق المريض في الاولى حتى كان يملك اسقاطها
بالكلية بان يبيعه بقيمته فتاخيرها اولى لانه اهون من الاسقاط وهنا وقعت الكتابة على اقل من قيمته
فلا يملك اسقاط ما زاد على ثلث القيمة ولا تاجيله لان حق الورثة تعلق بجميعه بخلاف الاولى قال رح
حر كاتب عن عبد بالف وادى عتق وان قبل العبد فهو مكاتب وصورة المسئلة ان يقول حر لمولى العبد كاتب
عبدك فلانا على الف درهم على اني ان اديت اليك الفا فهو حر فكاتبه المولى على هذا الشرط وقبل الرجل ثم ادى
الفا فانه يعتق لان عتقه تعلق بادائه فيعتق لوجود الشرط من غير قبول العبد واجازته كما اذا علقه
بغيره من الشروط واذا بلغ العبد فقبل صار مكاتبا لان الكتابة كانت موقوفة على اجازته وقبوله فصار
اجازته في الانتهاء كقبوله في الابتداء ولو قبله في الابتداء او وكله به كان ينفذ فكذا اذا اجازه ولو قال
العبد لا اقبله فادى عن العبد الذي كاتب عنه لا يجوز لان العقد ارتد برده ولو ضمن الرجل لم يلزمه شيء
لان الكفالة ببدل الكتابة لا تجوز ولو لم يقل على اني ان اديت اليك فهو حر فادى لا يعتق قياسا لان العقد
موقوف والموقوف لا حكم له ولم يوجد التعليق وفي الاستحسان يعتق لان الكتابة نافذة فيما ينفع العبد وهو
ان يعتق العبد عند اداء المشروط موقوفة فيما يرجع الى وجوب البدل عليه نظرا للعبد وتصحيحا للعقد
بقدر الامكان وقيل هذه صورة مسئلة الكتاب ولو ادى الحر البدل عنه لا يرجع على العبد لانه متبرع
فيه وحصل له مقصوده وهو عتق العبد فصار نظير ما لو تبرع باداء الثمن عن المشتري وقيل يرجع على المولى ويسترد
ما اداه ان اداه بضمان وان شاء رجع على العبد ان ضمن بامره لان ضمانه كان باطلا لانه ضمن غير الواجب
الا ترى انه لو ضمن المال في الكتابة الصحيحة فادى يرجع بما ادى فهنا اولى وان اداه بغير ضمان لا يرجع
لانه تبرع به ليحصل العتق له فتم اداؤه هذا اذا ادى عنه بدل الكتابة كله وان ادى عنه بعضه فله
ان يرجع سواء ادى بضمان او بغير ضمان لانه لم يحصل غرضه وهو العتق فكان حكم الاداء موقوفا فيرجع
كما اذا تبرع باداء الثمن في بيع موقوف كان له ان يسترده من البائع لهذا المعنى بخلاف ما اذا قبل العبد بنفسه
الكتابة ثم تبرع عنه انسان ببعض بدل الكتابة لا يرجع لان غرضه بذلك قد حصل وهو براءة ذمة
العبد بقدره من البدل وهنا لم يكن في ذمة العبد شيء حتى تبرأ ذمته بادائه وكذا لو اداه قبل اجازة
العبد العقد ثم اجازه ليس له ان يرجع بما ادى سواء ادى البعض او الكل الا اذا اداه عن ضمان لان الكتابة
بالاجازة انعقدت من الابتداء فيكون الاداء مبرئا للمكاتب عن بدل الكتابة فيحصل مقصوده الا ان الضمان
فاسد فيرجع عليه بحكم فساده قال رح وان كاتب الحاضر والغائب وقبل الحاضر صح اي كاتبهما المولى ومعنى
المسئلة ان يقول العبد الحاضر لسيده كاتبني عن نفسي وعن فلان الغائب فكاتبهما فقبل الحاضر جازت هذه
الكتابة استحسانا وفي القياس لا يجوز الا عن نفسه لولايته عليه ويتوقف في حق الغائب لعدم الولاية
عليه كمن باع ماله ومال غيره او كاتب عبده وعبد غيره فانه يجوز في عبده لوجود الولاية عليه دون عبد
غيره لعدمها وجه الاستحسان ان المولى خاطب الحاضر قصدا وجعل الغائب تبعا له والكتابة على هذا الوجه
مشروعة كالامة اذا كوتبت دخل في كتابتها اولادها المولود في الكتابة او المشترى فيها او المضموم اليها

في العقد تبعا للحاضر يعتقون باداية وليس عليهم شيء من البدل ولان هذا تعليق العتق باداء الحاضر والمولى
ينفرد به في حق الغايب فيجوز من غير توقف ولا قبول من الغايب كما لو كاتب الحاضر بالف ثم قال اذا اديته الي
فغلان حر فانه يصح من غير قبول الغايب كذا هذا فاذا امكن جعل الغايب تبعا استغنى عن شرط رضاه وينفرد
به الحاضر ويطالب الحاضر بكل البدل لان كله عليه دون الغايب ولا تعتبر اجازة الغايب ولا رده اذ لا يتوقف
في حقه ولا يواخذ الغايب بالبدل ولا بشيء منه لانه ليس عليه دين الكتابة اصلا ولو اكتسب شيا ليس
للمولى ان ياخذه من ذلك وليس له ان يبيعه من غيره لانه مكاتب تبعا ولو ابراه المولى او وهبه له عتقا جميعا
ولو اعتق الغايب سقط عن الحاضر حصته من البدل لان الغايب دخل في العقد مقصودا فكان البدل منقسما
عليهما وان لم يكن مطالبا به بخلاف الولد المولود في الكتابة حيث لا يسقط عن الام شيء من البدل بعتقه
لانه لم يدخل مقصودا اذ لم يكن يوم العقد موجودا وانما دخل في الكتابة بعد ذلك تبعا لها وكذا لو كان ولدها
المشترى ولو اعتق الحاضر لم يعتق الغايب وسقط حصة الحاضر من الكتابة ويودي الغايب حصته حالا
والا رد في الرق بخلاف الولد المولود في الكتابة حيث يبقى على نجوم والده اذا مات على ما عرف في موضعه
قال رحمه الله وايهما ادى عتقا اي ايهما ادى بدل الكتابة عتقا لوجود شرط عتقهما وهو اداء بدل الكتابة
ويجبر المولى على القبول اما اذا دفع الحاضر فلان البدل عليه وهو اصل فيه واما اذا دفع الغايب فلانه ينال
به شرف الحرية فيجبر المولى على القبول لكونه مضطرا اليه كما اذا ادى ولد المكاتب فانه يجبر على القبول
وان لم يكن البدل عليه كمعير الرهن اذا دفع الدين الى المرتهن فان المرتهن يجبر على القبول لحاجته الى استخلاص
عينه وان لم يكن عليه الدين قال رحمه الله ولا يرجع على صاحبه اي لا يرجع واحد منهما على صاحبه بما ادى الى
المولى من بدل الكتابة اما الحاضر فلانه قضى دينا عليه فلا يرجع به على غيره وان عتق معه لانه تبع له
كما اذا ادى المكاتب البدل وعنده اولاده واباوه فانه لا يرجع عليهم بشيء وان عتقوا معه لكونهم اتباعا
واما الغايب فلانه ادى بغير امره وليس بمضطر فيه من جهته بل يطلب نفعا مبتدا بخلاف معير الرهن اذا ادى
الدين لاستخلاص عينه فانه يرجع على الراهن لانه مضطر من جهته قال رحمه الله ولا يواخذ غايب بشيء اي لا يطالب
المولى الغايب ببدل الكتابة لانه لا دين عليه اذ لم يلتزم شيا وانما دخل في الكتابة تبعا فصار نظير ولد
المكاتب فانه لا يطالب بشيء اذ ليس عليه دين ومع هذا لو ادى البدل يجبر المولى على القبول قال رحمه الله
وقبوله لغو اي قبول الغايب لغو لا يعتبر وكذا رده لغو لان الكتابة قد نفذت وتمت من غير قبوله فلا يعتبر
بعد ذلك قبوله ولا يتغير برده كمن كفل بدين عن غيره بغير امره فبلغه فاجازه فاجازته باطلة ولا يعتبر حكمه
حتى لو ادى عنه لا يرجع عليه قال رحمه الله وان كاتبت الامة عن نفسها وعن ابنين صغيرين لها صح واي ادى لم يرجع
وهذا استحسان والقياس ان لا يجوز وقد ذكرنا وجههما في المسالة الاولى لان هذه مثلها في جميع ما ذكرنا من
الاحكام لانه لا ولاية للام على اولادها فيكون دخول الولد في كتابتها بالشرط لا بالولاية كدخول
الغايب في كتابة الحاضر واي ادى يجبر المولى على القبول وقبول الاولاد الكتابة وردهم لا يعتبر ولو اعتق
الام بقي عليهم من بدل الكتابة بحصتهم يودونه في الحال بخلاف الولد المولود في الكتابة او المشترى حيث
يعتق لعتقها ولا يطالب المولى الام بالبدل دونهم ولو اعتقهم سقط عنها حصتهم وعليها الباقي على نجومها
ولو اكتسبوا شيا ليس للمولى ان ياخذه ولا له ان يبيعهم ولو ابراهم عن الدين او وهبهم لا يصح وانما يصح
منها ويعتقون معها لما ذكرنا في كتابة الحاضر مع الغايب

باب كتابة العبد المشترك

قال رحمه الله عبد لهما اذن احدهما لصاحبه ان يكاتب حظه بالف ويقبض بدل الكتابة فكاتب وقبض بعضه فعجز فالمقبوض
للقابض وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا هو مكاتب بينهما واصله ان الكتابة تتجزى عنده وعندهما لا
تتجزى واصل الخلاف في الاعتاق هل يتجزى ام لا لان الكتابة شعبة من شعبه اذ هي تفيد الحرية في الحال يدا

وفي المال رقبة فيقتصر على نصيبه عنده وفايدة الاذن بالكتابة ان لا يكون له حق الفسخ كما يكون له اذا
لم ياذن وفايدة اذنه بالقبض ان ينقطع حقه فيما قبض بل يختص به القابض لان اذنه بالقبض اذن للعبد
بالاداء اليه منه فيكون متبرعا بنصيبه على المكاتب فيصير المكاتب اخص به فاذا قضى به دينه اختص به
القابض وسلم له كله كرب الوديعة اذا اذن المودع بقضاء دينه من الوديعة فقضاه لم يبق لرب الوديعة
عليه سبيل كذا هذا الا اذا نهاه قبل الاداء فيصح نهيه لانه تبرع لم يتم بعد وانما قلنا ذلك لان المكاتب
نصف كسبه له لا يتعرض له فيه احد لكون نصفه مكاتبا والنصف للشريك الذي لم يكاتب لان نصيبه
قن فيكون الكسب له فاذا اذن للمكاتب ان يصرفه بدينه صح اذنه وتم بالقضاء بينه فلهذا كان المقبوض
للقابض وان عجز المكاتب ولا يرجع الاذن بذلك وان لم يحصل مقصوده وهو الحرية لان المتبرع عليه هو
العبد ولو رجع لرجع به على العبد والمولى لا يستوجب على عبده دينا بخلاف ما اذا تبرع شخص بقضاء ثمن
المبيع ثم استحق او هلك قبل القبض وانفسخ البيع او تبرع بقضاء مهر ثم حصلت الفرقة من جهة المراة حيث
يرجع المتبرع بالثمن والمهر لان ذمة البايع والمراة محل صالح لوجوب دين المتبرع عليهما فامكن الرجوع ولو
كان الشريك الاذن مريضا وادى من كسبه بعد الاذن صح من جميع المال وان ادى من كسبه قبله صح من الثلث
لانه تبرع بعين مال وفي الاول بالمنافع اذ لم يكن المال موجودا حالة الاذن فالتبرع بالمنافع لا يعتبر من
الثلث بل ينفذ من جميع المال بخلاف العين وعندهما الكتابة لا تتجزى فيكون الاذن بكتابة نصيبه اذنا بكتابة
كله فاذا كاتبه صار كله مكاتبا كاتب نصيبه بالاصالة ونصيب شريكه بالوكالة فيكون مكاتبا لهما ويكون
بدل الكتابة بينهما والمقبوض بينهما قبل العجز وبعده ولو كاتبه بغير اذن شريكه صار نصيبه مكاتبا
عنده وعندهما صار كله مكاتبا لما ذكرنا وكان للساكت ان يفسخ بالاجماع قبل ان يودي بدل الكتابة دفعا للضرر
عن نفسه بخلاف ما اذا باع نصيبه حيث لا يفسخ البيع لانه لا ضرر فيه اذ لا يخرج نصيبه من يده ولا
يوصل الى ذلك وبخلاف العتق وتعليق عتقه بالشرط حيث لا يفسخ لانه لا يقبل الفسخ ولو ادى بدل الكتابة
عتق نصيبه خاصة عند ابي حنيفة رحمه الله لان العتق يتجزى عنده وللساكت ان ياخذ من الذي كاتب نصف
ما اخذ من بدل الكتابة لانه كسب عبد مشترك بينهما ثم ينظر ان كاتب كله بالالف لم يرجع على المكاتب بشيء مما
اخذه منه شريكه لانه سلم له بدل نصيبه وان كاتب نصيبه فقط بالالف رجع على المكاتب بما اخذه شريكه لان
الكل كان بدل نصيبه فلم يسلم له الا نصفه فيرجع به عليه وعندهما بالاداء عتق كله ويرجع الساكت على شريكه
ان كان موسرا والا فعلى العبد كما لو اعتقه وله ان ياخذ نصف ما بقي من الاكساب لانه كسب عبد مشترك
ولو كاتبه الساكت بمائة دينار بعد الاول صار مكاتبا لهما اما عنده فظاهر لان نصيبه لم يتكاتب من قبل فصح
كتابته بعد الاول لان الكتابة تتجزى عنده فنفذ كتابة كل واحد منهما واما عندهما فلان الساكت كان له
ان يفسخ فاذا كاتبه كان فسخا منه في نصيبه وايهما قبض شيا من بدل نصيبه لا يشاركه صاحبه في ذلك
وتعلق عتق نصيب كل واحد منهما بجميع بدل الكتابة المسمى في كتابة نصيبه فان ادى اليهما معا فالولاء
لهما عندهم وان قدم احدهما صار كمكاتبتهما حرره احدهما يعتق نصيبه عند ابي حنيفة رحمه الله ويبقى نصيب
صاحبه مكاتبا لا ضمان ولا سعاية الا ان يعجز المكاتب فيخير الساكت بين تضمين المعتق والاعتاق واستسعاء
العبد ان كان المعتق موسرا وبين الاستسعاء والاعتاق ان كان معسرا وعند ابي يوسف يضمن المعتق ان كان
موسرا او يستسعى العبد في نصف قيمته ان كان معسرا وعند محمد يضمن الاقل من قيمة نصيبه ومن بدل
الكتابة في اليسار وفي الاعسار يسعى في ذلك وان كاتباه كتابة واحدة لا يعتق باداء نصيب احدهما
اليه ويعتق باعتاقه وابرايه وهبته نصيبه لانه لم يبق له حق قبله فيكون حكمه كالمسالة
الاولى في التضمين والسعاية والعتق والاختلاف فيهما وباستيفاء نصيبه لم يبرا لان المقبوض حقهما

العبد البدل

في صورة عدم الاذن

يخير

ولهذا لا يرجع عليه شريكه به فلا يعتق حتى يؤدي الكل وحكمه ظاهر قال رحمه الله امة بينهما كاتباها فوطئها
احدهما فولدت فادعاه ثم وطئها الآخر فولدت فادعاه فعجزت فهي ام ولد الاول وضمن لشريكه نصف قيمتها
ونصف عقرها وضمن شريكه عقرها وقيمة الولد وهو ابنه واي دفع العقر الى المكاتبة صح وهذا عند
ابي حنيفة رحمه الله وعندهما هي ام ولد الاول وهي مكاتبة كلها وعليه نصف قيمتها لشريكه عند ابي يوسف
وعند محمد الاقل من نصف قيمتها ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة ولا يثبت نسب الولد الاخير من الآخر
ولا يكون الولد حرا بالقيمة ويغرم العقر لها وهذا الاختلاف مبني على الاختلاف في تجزي استيلاد المكاتبة
فعنده يتجزى وعندهما لا يتجزى بالاجماع واستيلاد المدبرة يتجزى بالاجماع فاذا عرفنا هذا فنقول اذا
ادعى احدهما الولد الاول صحت دعوته لانه استولدها وله في نصفها ملك وهو يكفي لصحة الاستيلاد
وصار نصيبه ام ولد له ولم يتملك نصيب صاحبه وبقي نصيب الآخر مكاتبا على حاله وقالا لا يتملك
نصيب صاحبه وصارت كلها ام ولد له لان الاستيلاد يجب تكميله ما امكن الا ترى انه لو استولد امة
مشتركة تصير كلها ام ولد المستولد لامكان التكميل بالتمليك لكونها قابلة للنقل وقد امكن هنا لان الكتابة
تحتمل الفسخ والاستيلاد لا يحتمله فرجحنا الاستيلاد فكملناه وفسخنا الكتابة في حق التملك وهي
لا تتضرر به والكتابة تنفسخ فيما لا يتضرر به المكاتب وتبقى فيما وراءه ولهذا يجوز عتقه عن الكفارة
بخلاف ما لو استولد مدبرة مشتركة فانه لا يكمل ويقتصر على نصيبه لانه لا يمكن تكميلها اذ التدبير
يمنع النقل من ملك الى ملك ولا يقال لم لا ينفسخ الكتابة ضمنا لصحة الاستيلاد لانا نقول في انفساخها
ضرر ببطلان حقها في الكتابة والكتابة لا تنفسخ فيما يتضرر به المكاتب ولابي حنيفة رحمه الله ان الاستيلاد
يقبل التجزي اذا وقع في محل لا يقبل النقل كالمدبرة بين اثنين اذا استولدها احدهما فانه يتجزى ويقتصر
الاستيلاد على نصيبه كما في المدبرة المشتركة فاذا جاءت بولد آخر فادعاه الآخر فقد ادعى نسب ولد امة
نصفها ملك له فتصح دعوته ويثبت نسبه منه فاذا عجزت بعد ذلك جعل كأن الكتابة لم تكن وتبين
ان الامة كلها ام ولد الاول لان المقتضي للتكميل قائم والمانع من التكميل الكتابة وقد زالت فيعمل المقتضي
عمله من وقت وجوده كالبيع بشرط الخيار للبائع اذا اسقط الخيار يثبت الملك فيه من وقت وجوده فيضمن
للآخر نصف قيمتها لانه تملك نصيبه لتكامل الاستيلاد ونصف عقرها وقيمة الولد والولد حر بالقيمة
لان الآخر بمنزلة المغرور لانه وطئها على ظن انها على حكم ملكه وظهر بالعجز وبطلان الكتابة انه لا ملك
له فيها وولد المغرور ثابت النسب منه حر بالقيمة لكنه وطئ ام ولد الغير فلزمه كمال العقر وايهما دفع
العقر الى المكاتبة جاز لانه حقها حال قيام الكتابة لاختصاصها بنفسها فاذا عجزت ترده الى المولى لانه
ظهر اختصاصه بها وهذا كله عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما هي ام ولد الاول تكميلا للاستيلاد لان
الكتابة تنفسخ فيما لا يتضرر به المكاتب على ما مر واذا صارت كلها ام ولد له فوطئ الثاني صادف ام ولد الغير
فلا يثبت نسب الولد منه ولا يكون حرا بالقيمة ولزمه كل المهر لان الوطء في دار الاسلام لا يخلو عن الضمان
الجابر او الحد الزاجر وتعذر ايجاب الحد للشبهة فيجب العقر ثم قال ابو منصور الماتريدي رحمه الله اذا بقيت
الكتابة عندهما صارت كلها مكاتبة المستولد بنصف بدل الكتابة لان الكتابة انفسخت فيما لا يتضرر به
المكاتب ولا يتضرر بسقوط نصف بدل الكتابة والجمهور على انها مكاتبة له بكل بدل الكتابة لان
الانفساخ ضروري فلا يظهر فيما وراء الضرورة وهو حكم التمليك فبقي الكل للاول كما كان والمكاتبة هي التي
تعطى العقر لاختصاصها بنفسها وبابدال منافعها ولو عجزت وردت في الرق ترد الى الاول لظهور اختصاصه
بها ثم قال ابو يوسف يضمن الاول لشريكه نصف قيمتها مكاتبة لانه تملك نصيب شريكه مكاتبة موسرا
كان او معسرا لانه ضمان التملك وهو لا يختلف بهما وقال محمد يضمن الاقل من نصف قيمتها ومن نصف ما بقي

من بدل الكتابة لان حق الشريك في نصف القيمة على اعتبار العجز عن الاداء وفي نصف بدل الكتابة على اعتبار
الاداء والاقل متيقن فيجب الاقل قال رحمه الله وان دبرها الثاني ولم يطأها فعجزت بطل التدبير وهذا بالاجماع
اما عندهما فلان المستولد تملكها قبل العجز واما عنده فلانه بالعجز ظهر ان كلها ام ولد للاول وان الثاني
لم يكن له فيها ملك لا من وجه والملك شرط لصحة التدبير بخلاف ثبوت النسب لان الملك من حيث الظاهر كاف
لثبوت النسب واستحقاق الولد بالغرور ولا كذلك التدبير فانه لا يثبت بالشبهات ولهذا لو اشترى
امة قد دبرها ثم استحقت بطل التدبير ولو استولدها فاستحقت لم يبطل النسب وكان الولد حرا بقيمته
فكان اهنا وهي ام ولد للاول لانه تملك نصيب شريكه وكمل الاستيلاد للامكان قال رحمه الله وضمن لشريكه
نصف قيمتها لانه تملك نصفها بالاستيلاد على ما بينا قال رحمه الله ونصف عقرها لانه وطئ جارية مشتركة
بينهما فيجب عليه العقر بحسابه وقد بيناه من قبل قال رحمه الله والولد للاول لان دعواه قد صحت على ما
مر وهذا كله بالاجماع قال رحمه الله وان كاتباها فحررها احدهما موسرا فعجزت ضمن لشريكه نصف قيمتها ورجع
به عليها وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يرجع المعتق عليها ويستسعيها الساكت ان كان المعتق معسرا
واصله ان الاعتاق لا يتجزى عندهما والكتابة لا تمنع العتق فعتقت كلها للحال عندهما وانفسخت الكتابة
ثم الساكت يضمن المعتق ان كان موسرا ولا يرجع المعتق عليها لانه ضمن باعتاقه وهو فعله فلا يلزمها
ضمان ما لزمه بفعله ومن اصل ابي حنيفة ان العتق يتجزى فجاز اعتاق نصف المكاتبة ولا يؤثر الفساد في
نصيب الساكت زيادة على ما اوجبته الكتابة فلا يظهر ما دامت مكاتبة لان اعتاق النصف عنده يؤثر
في جعل الباقي كالمكاتب عنده وهي كانت مكاتبة قبل الاعتاق فكان الاعتاق محققا لكتابتها فلا يضمن المعتق
قبل العجز لعدم ظهور اثر الاعتاق فيها فاذا عجزت ظهر اثر العتق فيها فكان للساكت الخيارات المذكورة
في العتاق وهي ان كان المعتق موسرا فله ان يعتق او يستسعي العبد وان شاء ضمن المعتق فاذا ضمن المعتق
كان للمعتق ان يرجع على العبد المعتق لانه قام مقام الساكت وان كان المعتق معسرا كان له خيار العتق او الاستسعاء
على ما بينا في العتاق وعلى هذا الخلاف لو دبر المكاتبة او استولدها فعنده لا يظهر حكم الاستيلاد ولا التدبير
الا بعد عجزها لانهما يتجزيان عنده فيقتصران على نصيبه ونصيب شريكه مكاتب على حاله وكذا نصيبه
لان التدبير والاستيلاد لا ينافيان الكتابة ابتداء ولا بقاء فبقيا على ما كانا عليه بخلاف الاعتاق لان
نصيبه بعد الاعتاق لا يقبل الكتابة ابتداء ولا بقاء فتنفسخ في نصيبه دون نصيب شريكه فاذا عجزت
ظهر اثرهما فيضمن قيمتها موسرا كان او معسرا لانه ضمان تملك وعندهما لا يتجزيان فصارت كلها ام ولد
له او مدبرة لان الكتابة لا تمنع النقل لانها تنفسخ في حق ما ينفعها ثم تبقى مكاتبة على حالها اذ لا تنافي بينهما
ويضمن لشريكه نصف قيمتها في الحال موسرا كان او معسرا لانه ضمان تملك فلا يختلف بين اليسار والاعسار
ويضمن العقر في الاستيلاد قال رحمه الله عبد لهما دبره احدهما ثم حرره الآخر للمدبر ان يضمن المعتق نصف
قيمته وان حرره احدهما ثم دبره الآخر لا يضمن المعتق وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله ووجهه ان التدبير
يتجزى عنده فتدبير احدهما يقتصر على نصيبه لكن يفسد به نصيب الآخر فيثبت له خيرة العتاق والتضمين
والاستسعاء المعروف من مذهبه فاذا اعتق لم يبق له خيار التضمين والاستسعاء واعتاقه يقتصر على نصيبه
لانه يتجزى عنده ولكن يفسد به نصيب شريكه فله ان يضمنه قيمة نصيبه وله خيار الاعتاق والاستسعاء
ايضا كما هو مذهبه فاذا ضمنه يضمن قيمة نصيبه مدبرا لان الاعتاق صادفه وهو مدبر ثم قيل قيمة
المدبر تعرف بالتقويم وقيل يجب ثلثا قيمته وهو حق لان المنافع ثلاثة انواع البيع واشباهه والاستخدام
وامثاله والاعتاق وتوابعه والفائت البيع فيسقط الثلث واذا ضمنه لا يتملكه بالضمان لانه لا
يقبل النقل من ملك الى ملك كما اذا غصب مدبرا وابق وضمن الغاصب قيمته فانه لا يتملكه فكذا هذا

وان اعتقه احدهما او لان الاخر الخيارات الثلاث عنده فاذا دبره لم يبق له خيار التضمين وبقى خيار الاعتاق
والاستسعاء لان المدبر يعتق ويستسعى وقال ابو يوسف ومحمد اذا دبره احدهما فاعتاق الاخر باطل لانه لا يتجزى
عندهما فيتملك نصيب صاحبه بالتدبير ويضمن نصف قيمته موسرا كان او معسرا لانه ضمان تملك فلا يختلف
بهما ويضمن نصف قيمته قنا لانه صادفه التدبير وهو قن وان اعتقه احدهما ولا فالتدبير الاخر باطل
لان الاعتاق لا يتجزى عندهما فعتق كله فلم يصادف التدبير الملك وهو يعتمده ويضمن نصف قيمته ان كان
موسرا لان هذا ضمان الاعتاق فيختلف باليسار والاعسار عندهما

باب عجز المكاتب وموته وموت المولى

قال رحمه الله مكاتب عجز عن نجم وله مال سيصل لم يعجزه الحاكم الى ثلاثة ايام نظرا للجانبين
والثلاثة هي المدة التي ضربت لابلاء الاعذار كامهال الخصم للدفع والمدين للقضاء فلا يزاد عليه قال رحمه الله
والا عجزه وفسخها او سيده برضاه يعني ان لم يكن له مال سيصل في ثلاثة ايام فسخ القاضي الكتابة او فسخ
المولى برضى المكاتب وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف لا يعجز حتى يتوالى عليه نجمان لقول
علي رضي الله عنه اذا توالى على المكاتب نجمان رد في الرق والاثر فيما لا يدرك بالقياس كالخبر ولانه عقد ارفاق
حتى كان التاجيل فيها سنة وحالة الوجوب بعد حلول النجم فلا بد من امهال مدة واولى المدد ما توافق عليه
العاقدان ولان الفسخ للعجز والعجز لا يثبت ولا يتحقق بمجرد الحلول فلا بد من امهال مدة فكان ما اتفقا
عليه اولى ولهما ما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما ان مكاتبة له عجزت عن نجم فردها في الرق ولان المقصود بالعقد
من جانب المولى تعيين المسمى عند انقضاء النجم الاول وانه قد فات فوجب تخييره كما لو توالى عليه نجمان
وهذا لان الكتابة قابلة للفسخ والاخلال بالنجم الواحد اخلال بما هو غرض المولى من الكتابة فوجب له
حق الفسخ دفعا للضرر عنه كفوات وصف السلامة في المبيع ولانه لما مضى نجم ووجب عليه حصته صار كانه
كوتب على ذلك القدر حالا وفيه يقال له اما ان تؤدي المال حالا او ترد في الرق فكذا هذا والمروي عن
علي رضي الله عنه يفيد اثبات الفسخ اذا توالى عليه نجمان فلا ينفي ثبوت الفسخ قبله لان تخصيص الشيء بالذكر
لا ينفي الحكم عما عداه على ما عرف من القاعدة والتاخير الى ثلاثة ايام انما كان لاجل امضاء موجب العقد
لان الاداء لا يتوجه الا بعد انقضاء مدة النجم ولا بد للاداء من زمان فاستحسنا هذا القدر المدلول
على ان يكون من باب التعجيل دون التاخير نظرا لهما واظهارا للعذر اذ هي مدة ضربت لاظهار الاعذار
كما في شرط الخيار وقصص الاخبار وامهال المرتد وامهال المدعى عليه للدفع بعد الحكم عليه وامهال
المدين للقضاء فانه اذا استمهل ثلاثا يمهل وقوله عجزه وفسخها يعني الحاكم يحكم بعجزه لانه واجب عليه
عند طلب المولى ذلك وله ولاية عامة فيفسخ وقوله او سيده برضاه يعني او يفسخه المولى برضى المكاتب
لان الكتابة تقبل الفسخ بالتراضي بلا عذر فمع العذر اولى وان لم يرض به العبد فلا بد من القضاء بالفسخ
لانه عقد لازم تام فلا بد من القضاء او الرضى كالرد بالعيب بعد القبض وقيل ينفرد المولى بالفسخ ولا يشترط
رضى المكاتب كما اذا وجد المشتري في المبيع عيبا قبل القبض فانه ينفرد بالفسخ وحديث ابن عمر يدل على ذلك
وهذا لان الكتابة تتم بقبض المولى البدل فما لم يقبض لا تتم فينفسخ مستبدا به اذا فات غرضه كما
ينفرد المشتري بالفسخ بالعيب قبل القبض قلنا العبد بعد العقد صار في يده فصار هذا الفسخ بعد
القبض فلا بد من القضاء او الرضى قال رحمه الله وعاد احكام الرق اي اذا عجز عاد اليه احكام الرق لان الكتابة
قد انفسخت وفك الحجر كان لاجل عقد الكتابة فلا يبقى بدون العقد قال رحمه الله وما في يده لسيده لانه ظهر
انه كسب عبده اذ هو كان موقوفا عليه او على المولى على تقدير الاداء كان له وعلى تقدير العجز كان للمولى وقد
تحقق العجز فكان لمولاه قال رحمه الله وان مات وله مال لم تفسخ وتؤدى كتابته من ماله ويحكم بعتقه في اخر
حياته وكذا يحكم بعتق اولاده وما بقي من ماله فهو ميراث لورثته وهو قول ابن مسعود وبه اخذ علماؤنا

وقال زيد بن ثابت رضي الله عنه تنفسخ الكتابة بموته ويموت عبدا وما ترك فهو لمولاه وبه اخذ الشافعي رحمه الله
له ان العقد لو بقي لبقي لتحصيل العتق بالاداء وقد تعذر اثباته فيبطل وهذا لانه لا يخلو اما ان يثبت
العتق قبل الموت او بعده مقتصرا او مستندا والوجه الى الاول لعدم شرطه وهو الاداء والشيء لا يسبق
شرطه ولا الى الثاني لان الميت ليس بمحل لنزول العتق عليه لان العتق اثبات قوة المالكية وهو لا يتصور
في الميت بخلاف ما اذا مات المولى لانه ليس بمعقود عليه بل هو عاقد والعقد يبطل بموت المعقود عليه
لا بموت العاقد ولان المولى يصلح ان يكون معتقا بعد الموت والعبد لا يصلح معتقا بعده الا ترى ان المولى
اذا قال انت حر بعد موتي يصح ولو قال لعبده انت حر بعد موتك لا يصح ولا الى الثالث لانه لما تعذر اثباته
في الحال تعذر استناده لان الشيء يثبت ثم يستند ولا ذلك في استناده الى حال حياته اثبات العتق قبل
شرطه وهو الاداء فلا يجوز بخلاف ما اذا مات المولى فان العقد باق بعد موته فيعتق لكون الميت اهلا
له على ما بينا انفا ولنا ان الكتابة عقد معاوضة لا ينفسخ بموت احد المتعاقدين وهو المولى
فلا ينفسخ بموت الاخر وهو العبد كالبيع وهذا لان قضية المعاوضة المساواة بين العاقدين فاذا جاز
بقاء العقد بعد موت المولى لحاجته الى الولاء وغيره جاز ان يبقى بعد موت العبد لحاجته الى مقصوده
وهو شرف الحرية بل اولى لان الذي استحقه المولى قبله ليس بلازم حتى لو عجز نفسه عن اداء البدل
يبطل والذي استحقه المكاتب قبل المولى لازم حتى لو اراد ان يبطله ليس له ذلك ولان الموت انفى المالكية منه
المملوكية لان المملوكية عبارة عن العجز والمالكية عبارة عن القدرة والموت انفى القدرة منه للعجز فاذا بقي
العقد مع اقوى المنافيين فمع ادناهما اولى الا ترى ان مملوكية العبد باقية بعد موته لحاجته حتى وجب الكفن
على مولاه فكذا هنا ايضا تبقى المملوكية لحاجته وهي ارث بل اولى لما فيها من التعدي الى الاتباع كالاولاد
وامهاتهم او نقول المكاتب يثبت بالكتابة مالكية اليد في مكاسبه وبها يتمكن من اداء الكتابة فتبقى تلك
المالكية بعد موته لان حاجته الى تحصيل الحرية لنفسه فوق حاجة المولى وما ذكره من التردد قلنا
انه يعتق بعد الموت عند البعض بان يقدر حيا قابلا للعتق كما يقدر المولى حيا معتقا بعد موته
ولهذا يقدر الميت حيا في حق ما يحتاج اليه من امواله تجهيزه وقضاء دينه وتنفيذ وصاياه وعند الجمهور
انه يعتق في اخر جزء من اجزاء حياته اما لان سبب الاداء موجود قبل الموت فيستند الاداء اليه فيكون اداء
خلفه كادائه بنفسه فان قيل الاداء فعل حسي والاسناد يكون في الاحكام الشرعية قلنا نعم لكن فعل
النائب مضاف الى المنوب عنه وهذه الاضافة شرعية الا ترى ان من رمى صيدا فمات قبل ان يصيبه
ثم اصابه صار مالكا له حتى يورث عنه والميت ليس باهل له ولكن لما صح السبب والملك يثبت بعد تمام
السبب وتمامه بالاصابة اليه وهو ليس باهل له يثبت الملك من حين الامكان وهو اخر جزء من اجزاء حياته
فكذا هنا لما كان السبب منعقدا وهو عقد الكتابة والعتق موقوف على الاداء والاداء جائز بعد الموت
والحكم وهو وقوع العتق مما يمكن اثباته من حين الموت كالملك في تلك الحالة حكمنا بعتقه في اخر جزء من
اجزاء حياته واما ان يقام المتروك الموجود منه في اخر جزء من اجزاء حياته مقام التخلية بين المال
وبين المولى وهو الاداء المستحق عليه قال رحمه الله وان ترك ولدا ولد في كتابته ولا وفاء سعى كابيه على نجومه
واذا ادى حكم بعتقه وعتق ابيه قبل موته لان الولد دخل في كتابته وكسبه ككسبه فيخلفه في
الاداء وصار اداؤه كاداء ابيه فصار كانه ترك وفاء مع الولد وفي الكافي لو كاتب امته على انه بالخيار ثلاثا
فولدت في مدة الخيار وماتت وبقي الولد بقي خياره وعقد الكتابة عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
وله ان يجيزها واذا اجازها يبقى الولد على نجوم امه واذا ادى عتقت الام في اخر جزء من اجزاء حياتها
وعتق ولدها وهذا استحسان وعند محمد تبطل الكتابة ولا تصح اجازة المولى وهو القياس لان الولد

اى فى حال الموت تعذر استناده الى حال الحياة

انما يقوم مقام الوالد في الكتابة اذا كان ولد المكاتب وامه لم تصر مكاتبة بعد ولهما ان في ابقاء العقد
فايدة بان يجيزه المولى ويقوم الولد مقامها وينفذ العقد في حق الام ثم يستند الحرية وقت لا انعقاد
ولو ترك ولدا اشترى عجل البدل او رد رقيقا وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يؤديه على
قال رحمه الله نجومه لانه تكاتب عليه فيسعى على نجومه كالولد المولود في الكتابة لانه صار عنزلته حتى جاز للمولى
اعتاقه كما يجوز اعتاق المكاتب نفسه بخلاف ساير اكساب المكاتب فانه لا يملك اعتاقه ولابي حنيفة رحمه الله
ان الاجل يثبت بالشرط في العقد فيثبت في حق من دخل تحت العقد والمشترى لم يدخل تحت العقد لانه
لم يضف اليه العقد ولم يسر حكمه اليه لكونه منفصلا عنه وقت الكتابة وكان ينبغي ان يباع بعد موته
لفوت المتبوع ولكن اذا عجل واعطى من ساعته صار كانه مات عن وفاء بخلاف الولد المولود في الكتابة
لانه ماده بعد الكتابة فيدخل في حكمه ويسعى على نجومه فعلى هذا لو اشترى ابنه المولود بعد الكتابة من
قال رحمه الله وان اشترى ابنه فمات امراة له امه ينبغي ان يدخل في كتابته لانه من مائه بعد الكتابة
وترك وفاء ورثه ابنه لانه لما ادى بدل الكتابة حكم بعتقه في اخر جزء من اجزاء حياته فيتبعه ولده
في ذلك الوقت فيكون ان حرين فيظهر انه مات حرا عن ابن حر قال رحمه الله وكذا لو كان هو وابنه مكاتبين
كتابة واحدة يعني يرثه لانهما صارا كشخص واحد فاذا حكم بعتق احدهما في وقت حكم بعتق الاخر في ذلك
الوقت ضرورة اتحاد العقد على ما بيناه فيصير حرا مات عن ابن حر ولو مات المكاتب وترك ثلاثة اولاد
حرا ومولودا في الكتابة ومكاتبا معه بعقد واحد ووصايا يرثه اولاده لما ذكرنا ويملك الوصي بيع العروض
دون العقار والدراهم والدنانير لان بيع العروض من الحفظ دون العقار والدراهم والدنانير ولو مات
قال رحمه الله الحر قبل اداء الكتابة لا يرثانه لان ارثه ليس من حقوق كتابة ابيه فلا يظهر الاسناد في حقه
ولو ترك ولدا من حرة ودينا فيه وفاء فجنى الولد فقضى به على عاقلة الام لم يكن ذلك قضاء
بعجز المكاتب وان اختصم موالي الام وموالي الاب في ولايته فقضى به لموالي الام فقد عجز فالفرق ان القضاء
بموجب الجناية على العاقلة يقرر حكم الكتابة لان من قضيته قيام الكتابة ان يكون موجب جنايته على موالي
الام لان المكاتب وان ترك مالا وهو الدين لا يحكم بعتقه الا عند اداء البدل الكتابة فكانت جنايته عليهم
واذا قضى بها القاضي عليهم كان القضاء تقريرا للكتابة فتبقى الكتابة على حالها فاذا ادى بعد ذلك بدل
الكتابة عتق المكاتب وظهر الابن ولاء في جانب الاب فينجر اليه ولاؤه لان الولاء كالنسب والنسب لا يثبت
من قوم الام الا عند تعذر اثباته من قوم الاب حتى لو ارتفع المانع من اثباته منه بان اكذب الملاعن نفسه
يعود النسب اليه فكذا الولاء واما اذا كانت الخصومة في نفس الولاء فان القاضي يقضي بكون الولاء لموالي الام
اذ الخصومة وقعت في الولاء ومن ضرورته القضاء بفسخ الكتابة لان الولاء لا يكون من جانب الام الا عند تعذر
اثباته من جانب الاب وانما يتعذر بفسخ الكتابة اذ لو كانت باقية يمكن ان يثبت من جانبه بالاداء وفرق اخر
ان القضاء بموجب الجناية على موالي الام لا يلزم منه القضاء بفسخ الكتابة لانه قد يقضي بموجب الجناية
على غير من وجب عليه كالكفيل والقضاء بالولاء لموالي الام يتضمن القضاء بفسخ الكتابة اذ لا يمكن ان يجتمع عليه
الولاءان اذ لو لم يكن فسخا لها يلزم الحكم بحريته اذا ادى بدل الكتابة فاذا صار حرا في اخر حياته ينقل
ولاء الولد اليه وينتقض القضاء وهو يجب صيانته عن النقض فلا يفسخ اذا صادف محلا مجتهدا فيه
والحكم بالارث من الولد لموالي الام كالحكم بالولاء لهم حتى تنفسخ به الكتابة ولا يجوز نقضه وهذا كله فيما
اذا مات المكاتب عن وفاء فادیت الكتابة او عن ولد فادى وامّا اذا مات لا عن وفاء ولا عن ولد فاختلفوا
في بقاء الكتابة قال الاسكاف تنفسخ حتى لو تطوع انسان باداء بدل الكتابة عنه لا يقبل منه وقال
ابو الليث رحمه الله لا تنفسخ ما لم يقض بالعجز حتى لو تطوع به انسان عنه قبل القضاء بالفسخ جاز وحكم بعتقه

هل يقضي بموجب الجناية على غير من وجب عليه كالكفيل

اذا مات المكاتب لا عن وفاء ولا ولد فاختلفوا فيه

في اخر حياته قال رحمه الله وما ادى المكاتب من الصدقات ويجز طاب لسيده لان الملك قد تبدل وتبدل الملك
كتبدل العين فصار كعين واليه اشار النبي صلى الله عليه وسلم بقوله في حديث بريرة هي لها صدقة ولنا هدية
قال ذلك حين اهديت اليه وكانت مكاتبة وصار كالفقير يموت عن صدقة اخذها يطيب ذلك لوارثه
الغني لما ذكرنا وكذا اذا استغنى الفقير يطيب له ما اخذه من الزكاة حالة الفقر وكذا ابن السبيل اذا اخذ الصدقة
ثم وصل الى ماله وفي يده الصدقة تحل له لان المحرم على الغني ابتداء الاخذ لما فيه من الذل فلا يرخص له من غير
ضرورة فاذا اخذه في حالة الفقر فبعد ذلك ليس فيه الا الاستدامة فيطيب له ولو اباح الفقير للغني
او الهاشمي عين ما اخذ من الزكاة لا يحل لان الملك لم يتبدل ونظيره المشتري اذا اشترى شراء فاسدا لا يطيب
بالاباحة ولو ملكه يطيب ولو عجز المكاتب قبل الاداء الى المولى يطيب المولى عند محمد رحمه الله بلا اشكال لان المكاتب
عنده اذا عجز يملك المولى ما في يده ملكا مبتدا حتى تنتقض اجارته وعند ابي يوسف لا يطيب لانه اذا عجز لا يملك
المولى اكسابه ملكا مبتدا وانما كان له فيه نوع ملك فيتاكد بالعجز ولم يتجدد له فيه ملك ولهذا لا
تنتقض اجارة المكاتب عنده بالعجز كما في العبد الماذون له اذا حجر عليه والصحيح انه يطيب بالاجماع لما ذكرنا
ان المحرم هو ابتداء الاخذ للحاجة وحرم على الغني لانه لا حاجة له فيه وكذا على الهاشمي صيانة لقرابة
النبي صلى الله عليه وسلم عن اوساخ الناس ولم يوجد من المولى الاخذ فصار كابن السبيل وصل الى ماله
او فقير استغنى وفي يده ما اخذه من الصدقة فانه يطيب له على ما ذكرنا فكذا هذا قال رحمه الله وان جنى
عبد فكاتبه سيده جاهلا بها اي بالجناية فعجز دفع او فدي يعني المولى بالخيار ان شاء دفع العبد
بالجناية وان شاء فداه بالارش لانه لما كاتبه وهو لا يعلم بالجناية لزمه قيمته لانه لم يصر مختارا للفداء
بالكتابة من غير علم وقد امتنع الدفع بفعله من غير ان يصير مختارا فيجب عليه الاقل من قيمته ومن الارش
كما اذا اعتقه او دبره او استولد الجانية او باعه بعد ما جنى من غير علم بالجناية الا ان المانع من الدفع
على شرف الزوال فلم ينتقل حق ولي الجناية من العبد الى القيمة فاذا عجز زال المانع فيخير بين الدفع والفداء
على القاعدة قال رحمه الله وكذا ان جنى مكاتب ولم يقض فعجز يعني حكمه كالاول لانه لما عجز صار قنا وجناية
القن يخير فيه المولى بين الدفع والفداء على ما عرف في موضعه وقبل ان يعجز يجب عليه الاقل من قيمته ومن
الارش لان دفعه متعذر بسبب الكتابة وهو احق بكسبه من المولى وموجب الجناية عند تعذر الدفع
يجب على من يكون له الكسب الا ترى ان جناية المدبر وام الولد توجب على المولى الاقل من قيمته ومن
الارش لما انه احق بكسبها قال رحمه الله فان قضى به عليه في كتابته فعجز فهو دين يباع فيه اي ان قضى
بموجب الجناية على المكاتب في حال كتابته وهو الاقل من قيمته ومن الارش فهو دين عليه يباع فيه لان الحق
انتقل من الرقبة الى القيمة بالقضاء وهذا عند علمائنا الثلاثة وقال زفر رحمه الله يجب عليه قيمته ولا يباع
وهو قول ابي يوسف اولا لان المانع من الدفع موجود وقت الجناية وهو الكتابة فوجب ان يكون موجبه القيمة
ولا يتغير كجناية المدبر وام الولد ولنا ان الاصل في جناية العبد الدفع وانما يصار الى القيمة عند تعذر
الدفع والمانع هنا متردد لاحتمال انفساخ الكتابة فلا يثبت الانتقال عن الموجب الاصلي الا بالقضا او بالصلح
عن الرضى او بالموت عن لا وفاء وهو نظير المغصوب اذا ابق يجب عليه القيمة الا بالقضا حتى اذا رجع قبل
القضا يكون لمولاه وان رجع بعد القضا يكون للغاصب وكذا المبيع اذا ابق قبل القبض لا يبطل البيع
الا بالقضا وكذا اذا قتل لان القيمة تقوم مقامه ولهذا يبقى البيع اذا رضي المشتري بقيمته بخلاف المدبر
وام الولد لانهما لا يقبلان الفسخ قال رحمه الله وان مات السيد لم تنفسخ الكتابة لانها حق العبد فلا يبطل
بموت السيد كالتدبير وامومية الولد والدين وكالاجل فيه اذا مات الطالب قال رحمه الله ويؤدي المال
الى ورثته على نجومه لان النجوم حقه لانه اجل وهو حق المطلوب فلا يبطل بموت الطالب كالاجل في الدين

بخلاف ما اذا مات المطلوب حيث يبطل الاجل لان ذمته قد خربت وانتقل الدين الى التركة وهي عين هذا اذا
كاتبه وهو صحيح ولو كاتبه وهو مريض لا يصح تاجيله الا من الثلث وقد ذكرناه والاختلاف فيه من قبل
قال رحمه الله وان حرره عتق مجانا اي لو اعتقه جميع الورثة عتق والقياس ان لا يعتق لانهم لم يملكوه
لان المكاتب لا يقبل النقل بسائر الاسباب فكذا بالارث ولهذا لا يكون للاناث منهم الولاء فيه ولو ملكوه
لكان لهم وجه الاستحسان ان هذا يجعل ابراء عن بدل الكتابة فانه حقهم وقد جرى فيه الارث فيكون
الاعتاق منهم ابراء اقتضاء او اقرارا بالاستيفاء منه فتبرأ ذمته لانه لم يبق عليه دين فيعتق لبراءة
ذمته كما اذا ابراه المولى عن بدل الكتابة كله ويشترط ان يعتقوه في مجلس واحد حتى لو اعتقه بعضهم
في مجلس واعتقه الآخرون في مجلس آخر لم يعتق وقيل يعتق اذا اعتقه الباقون ما لم يرجع الاول قال رحمه الله وان حرره
بعضهم لم ينفذ عتقه اي لو اعتقه بعض الورثة لا يعتق منه شيء لانه لم يملكه ولا عتق فيما لا يملك ابن آدم
ولا يمكن ان يجعل ابراء ولا اقرارا بالاستيفاء لان ابراء البعض او استيفاءه لا يوجب عتقه لتعذر ثبوت
العتق من جهته فيبطل المقتضي وهو الاعتاق ولا ابراء من الدين ايضا لان البراءة لم تثبت الا اقتضاء فاذا بطل
المقتضي الاول بطل المقتضى ايضا لانه لم يثبت الا به وبطلان المقتضي يوجب بطلان المقتضى بخلاف
اعتاق الجميع لانه امكن ان يجعل عبارة عما يحصل به العتق وهو الابراء عن جميع البدل او الاقرار بالاستيفاء
الكل الا ترى انه لو ابرؤوه جميعا او اقروا بالاستيفاء عتق ولو ابراه بعضهم او اقر باستيفاء نصيبه لا يعتق
وكذا لو قبض نصيب الكل بغير امرهم لا يعتق الا اذا اجازوا قبضه او قبضه بامرهم لانه اذا قبضه بغير امرهم
لم يبرأ عن نصيب غير القابض ولهذا كان لهم ان يطالبوا المكاتب به ولو كان المولى وصي وعليه دين مستغرق
او لم يكن مستغرقا لا يعتق بقبض الورثة لانهم لا يملكون القبض ويعتق بقبض الوصي سواء كان عليه دين او لم يكن
ويعتق بقبض الغرماء ولو اوصى بمال المكاتب لرجل فليس للمكاتب الى عتق لانه اوصل الحق الى مستحقه والله اعلم

كتاب الولاء

هو من الولي بمعنى القرب فهي قرابة حكمية حاصلة من العتق او من الموالاة هذا
في اللغة يقال ولي الشيء الشيء اذا حصل الثاني بعد الاول من غير فصل ومنه قوله عليه السلام ليليني منكم اولو
الاحلام والنهى وقال في النهاية سمي ولاء العتاقة والموالاة به لانه يحصلها وهو الارث بالقرب ويحصل عند
وجود شرطه من غير فصل او من الموالاة وهو مفاعلة من الولاية بالفتح وهو النصرة والمحبة الا انه اختص
في الشرع بولاء العتاقة وولاء الموالاة وهو في الشرع عبارة عن التناصر بولاء العتاقة او بولاء الموالاة
ومن آثار التناصر الارث والعقل وسبب هذا الولاء الاعتاق عند الجمهور لقوله عليه السلام الولاء لمن اعتق
والاصح ان سببه العتق على ملكه لانه يضاف اليه يقال ولاء العتاقة ولا يقال ولاء الاعتاق والاضافة دليل
الاختصاص وهو بالسببية ولان من ورث قريبه فعتق عليه كان مولى له ولا اعتاق من جهته والحديث
لا ينافي ان يكون العتق على الملك هو السبب لان العتق لا يوجد عند الاعتاق لا محالة وتخصيصه به خرج مخرج
الغالب قال رحمه الله الولاء لمن اعتق ولو بتدبير وكتابة واستيلاد وملك قريب لما روينا وهو بعمومه
يتناول الكل ولان الرقيق هالك حكما الا ترى انه لا يثبت في حقه كثير من الاحكام التي تختص بالاحياء نحو
القضاء والشهادة والملك في الاموال وكثير من العبادات فكان الاعتاق احياء له لثبوت احكام الاحياء
به كالاحياء بالايلاد فيرث به كما يرث الاب من ولده ولهذا سمي ولاء نعمة لانه انعم عليه حيث
احياه حكما قال الله تعالى واذ تقول للذي انعم الله عليه وانعمت عليه اي انعم الله عليه بالهدى وانعمت
بالاعتاق ولانه يعقل عنه فوجب ان يرثه لان الغنم بالغرم والمرأة في هذا كالرجل لاطلاق ما روينا
ولقوله عليه السلام ليس للنساء من الولاء شيء الا ما اعتقن الحديث وروي ان ابنة حمزة رضي الله عنها اعتقت
عبدا لها ومات عن بنت فجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم نصف ماله لابنته ونصفه الآخر لبنت حمزة ولا ابنا

ابنته حكما فترثه كالرجل ولو اعتق في دار الحرب فخلاه لا ولاء له عليه حتى اذا خرجا الينا مسلمين
لا يرثه وعند ابي يوسف يثبت له الولاء ويرثه ذكره في الكافي ولو ادى المكاتب بعد موت المولى فعتق
فولاؤه للمولى فيكون لعصبته الذكور لما ذكرنا انه لا يملك بالارث وكذا العبد الموصى بعتقه او بشرائه
واعتقه الوصي بعد موته لان فعل الوصي اليه وكذا يعتق مدبروه وامهات اولاده بعد موته
ويكون ولاؤهم له قال رحمه الله وشرط السائبة لغو اي لو اعتق المولى عبده وشرط ان لا يرثه كان الشرط لغوا
لكونه مخالفا لحكم الشرع فيرثه كما في النسب اذا شرط انه لا يرث قال رحمه الله ولو اعتق حاملا من زوجها القن
لا ينتقل ولاء الحمل عن مولى الام ابدا لان الجنين عتق بعتق امه وعتقت امه مقصودا فكذا هو يعتق
مقصودا لانه جزء الام والمولى اوقع الاعتاق على جميع اجزائها مقصودا فيكون للجنين والولاء لا ينتقل
من المعتق لقوله عليه السلام الولاء لمن اعتق وانما يعرف كون الحمل موجودا عند العتق بان تلده لاقل من
ستة اشهر من وقت العتق لتيقننا وقت العتق وكذا لو ولدت ولدين احدهما لاقل من ستة اشهر والآخر
لاكثر منه وبينهما اقل من ستة اشهر لانا تيقنا ان الاول كان موجودا وقت العتق وتيقنا انهما توأمان
حملت بهما جملة لعدم تخلل اقل مدة الحمل بينهما فاذا تناول الاول الاعتاق تناول الآخر الاعتاق ايضا
ضرورة فصار معتقا لهما والولاء لا ينتقل من المعتق قال رحمه الله فان ولدت بعد عتقها لاكثر من ستة اشهر
فولاؤه لمولى الام لان الولد جزؤها فيتبعها في الصفات الشرعية الا ترى انه يتبعها في الحرية والرق فكذا
في الولاء عند تعذر جعله تبعا للاب لرقه قال رحمه الله فان عتق العبد وهو الاب جر ولاء ابنه الى مواليه
لان مولى الام لم يعتق الولد هنا لحدوثه بعد اعتاقها وانما نسب اليه الولد تبعا للام لتعذر نسبته
الى الاب فاذا اعتق الاب امكن نسبته اليه فجعله تبعا له اولى من جعله تبعا للام لان الولاء كالنسب قال عليه السلام الولاء
لحمة كلحمة النسب والنسب الى الآباء فكذا الولاء فينتقل الى موالي الاب اذا زال المانع كولد الملاعنة ينسب
الى قوم الام ثم اذا اكذب نفسه ينتقل الى الاب لزوال المانع هذا اذا لم تكن معتدة وان كانت معتدة فجاءت
بولد لاكثر من ستة اشهر من وقت العتق ولاقل من سنتين من وقت الفراق لا ينتقل ولاؤه الى موالي الاب
لانه كان موجودا عند عتق الام لثبوت نسبة العلوق الى ما قبل العتق بل قبل الفراق ولهذا اثبت نسبه
من الزوج فصادفه الاعتاق ضرورة فلا ينتقل الى موالي الاب والاصل في جر الولاء ما روي عن عمر رضي الله عنه
انه قال اذا كانت الحرة تحت مملوك فولدت عتق الولد بعتقها فاذا اعتق ابوه جر الولاء وما روي ان
الزبير ابصر فتية لعسا فاعجبه ظرفهم وامهم مولاة لرافع بن خديج وابوهم عبد لبعض الحرقة
من جهينة او لبعض اشجع فاشترى الزبير اباهم فاعتقه ثم قال انتسبوا الي وقال رافع بل هم موالي
فاختصما الى عثمان رضي الله عنه فقضى بالولاء للزبير وفي هذا دليل على ان الولد ينسب الى قوم الام ما لم يظهر ولاء
من قبل ابيه فاذا ظهر لم يبق ولاء بالعتق جر ولاء الولد اليه وفي الجامع الصغير اذا تزوجت معتقة بعبد فولدت
اولادا فجنى الاولاد فعقلهم على موالي الام لانهم عتقوا تبعا لامهم ولا عاقلة لابيهم ولا موالي فالحقوا
بموالي الام ضرورة كما في ولد الملاعنة وان اعتق الاب بعد ذلك جر ولاء الاولاد الى نفسه لما بينا
ولا يرجعون على عاقلة الاب بما عقلوا بخلاف ولد الملاعنة اذا عقل عنه قوم الام ثم اكذب الملاعن
نفسه حيث يرجعون على عاقلة الاب والفرق ان النسب يثبت من وقت العلوق لا من وقت الاكذاب
اذ لا يتصور ان يكون الانسان ولد الشخص في وقت ثم يتحول بعد ذلك الى غيره فيكون ولد الغيره وبالاكذاب
يتبين ذلك ويتبين ان عقله كان على قوم ابيه وقد اجبر قوم الام على الاداء فيرجعون عليهم به
وفي الولاء حين عقل قوم الام كان ثابتا لهم وانما يثبت لقوم الاب مقتصرا على زمان الاعتاق لان سببه
وهو العتق مقتصر عليه فلا يرجعون به قال رحمه الله عجمي تزوج معتقة فولدت فولاء ولدها لمواليها وان كان

ثم المعتق لا يرث من العتق وقال الحسن يرث مسكين

لامرولاء الموالاة اى وان كان الاب ولاء المعاقدة وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف حكم الولد
حكم ابيه في الوجهين اى فيما اذا والى احدا او لم يوال ولا يكون ولاء الولد لموالي الام لانه كالنسب
والنسب الى الاب وان كانت الام اشرف لكونه اقوى فكذا الولاء وهذا لان الاب حر له عشيرة وموال فكيف
ينسب الى امه بخلاف ما اذا كان الاب عبدا لانه هالك فينسب الى قوم امه حتى لعتق المعتق فصار كمن
لا اب له وكما اذا تزوج عجمي بعربية فولدت له اولادا فانه ينسب الى قوم ابيه دون قوم امه فكذا اذا
كانت معتقة اذ لا فرق بين كونها عربية او معتقة ولهما ان ولاء العتاقة معتبر لقوته في نفسه حتى
دونها فكذا العجمي لانه كالعربي في حرية الاصل ولهما ان الولاء في حق النسب في حق العجم ضعيف لانهم ضيعوا انسابهم
اعتبرت الكفاءة فيه وقال عليه السلام موالي القوم منهم والنسب في حق العجم ضعيف لانهم ضيعوا انسابهم
ولهذا لا تعتبر الكفاءة فيه فيما بينهم اذ لا يفتخرون به اصلا وانما افتخارهم قبل الاسلام بعمارة الدنيا
وبعده بالدين واليه اشار سيدنا سلمان الفارسي رضي الله عنه حين قيل له سلمان بن من قال سلمان ابن الاسلام
فاذا ثبت هذا الضعف في جانب الاب كان وجوده كعدمه كالعبد وكذا ان كان للاب مولى موالاة لان
ولاء الموالاة ضعيف لا يظهر في مقابلة ولاء العتاقة فصار وجوده كعدمه وكذا حريتهم ضعيفة
الا ترى انها تحتمل الابطال بالاسترقاق بخلاف العربي فان له نسبا معتبرا وحريته ثابتة فامتنع به
نسبة الولد الى معتق الام وبخلاف ما اذا تزوج العجمي عربية لان اولاده منها لو نسبوا الى قوم امهم
نسبوا اليهم بالنسب والنسب بالنسبة الى الام ضعيف غير معتبر الا ترى انهم لا ينسبون اليهم ولا عصوبة
بينهم واولاد المعتقة ينسبون الى قوم امهم وهم عصبتهم ثم ان القدوري رحمه الله وضع الخلاف في
العرب ووضعه هنا في مطلق المعتقة وهو الصواب وما ذكره القدوري اتفاق لان ولاء العتاقة قوي
معتبر شرعا فلا يختلف بين ان يكون المعتق من العرب او من غيرهم فيجب في الجميع نسبة اولاد المعتقة
الى المعتق ما لم يكن ابوهم عربيا على ما قالوا وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا مات هذا الولد وترك عمة او غيرها
من ذوي الارحام ومعتق امه او عصبة معتقها كان المال لمعتق امه او عصبته عندهما وعند ابي يوسف
يكون لذوي الارحام لان حكمه حكم ابيه فلا يكون عليه ولاء كما اذا كان الاب عربيا واجمعوا على انهما
لو كانا معتقين او كان الاب معتقا والام مولى موالاة او كان الاب عربيا والام معتقة كان الولد تبعا
للاب وكذا اذا كانا عربيين او عجميين او كان احدهما عجميا والاخر عربيا **قال رحمه الله** والمعتق مقدم على ذوي
الارحام مؤخر عن العصبة النسبية وكذا هو مقدم على الرد على ذوي السهام وهو اخر العصبات
وهو قول علي رضي الله عنه وبه اخذ علماء الامصار وكان ابن مسعود رضي الله عنه يقول انه مؤخر عن ذوي
الارحام لقوله تعالى واولوا الارحام بعضهم اولى ببعض في كتاب الله وقال عليه السلام المعتق في معتقه
وان مات ولم يدع وارثا كنت انت عصبته شرط لارثه ان لا يدع وارثا وذوي الارحام من جملة الورثة
وكذا الرد على ذوي الفروض يستحق بطريق الارث فوجب تاخيره عن الكل وكذا قوله عليه السلام الولاء لحمة كلحمة
النسب يدل على ذلك لانه شبهه به وما يشبه الشيء لا يزاحمه ولا يقدم عليه بل يخلفه عند عدمه
ولنا ما روينا من حديث بنت حمزة انه عليه السلام جعل لها النصف الباقي بعد فرض بنت معتقها حين مات
عنها وعن بنت فهذا هو التعصيب حقيقة فعلم بذلك ان المراد بقوله عليه السلام ولم يدع وارثا وارث
هو عصبة ولفظة العصبة في قوله عليه السلام كنت انت عصبته يدل عليه لان العصبة هو الذي ياخذ
ما ابقته الفرائض وعند الانفراد يحرز جميع المال وولاء العتاقة تعصيب وهو لا يرث مع العصبة
النسبية فكان مؤخرا فلا يرد علينا ما ذكر من الايراد من حيث انه احد الورثة على انا لا نسلم ان التشبيه
يوجب التاخير او التقديم بل يثبت المماثلة بينهما ليس الا فكان الاقرب ان يشاركه في الارث لان المماثلة

توجيه

توجيه ولا قائل بمثله لكن اخرناه عن العصبة النسبية عملا بقوله تعالى واولوا الارحام بعضهم اولى
ببعض فجعلناه مثله عند عدمه فيتقدم على من يتقدم عليه العصبة ويتاخر عمن يتاخر عنه العصبة **قال رحمه الله**
فان مات المولى ثم المعتق فميراثه لاقرب عصبة المولى وليس للنساء من الولاء الا ما اعتقن او اعتق من
اعتقن او كاتبن او كاتب من كاتبن لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم قال ليس للنساء من الولاء شيء الا
ما اعتقن او اعتق من اعتقن او كاتبن او كاتب من كاتبن او دبرن او دبر من دبرن او جر ولاء معتقهن
او معتق معتقهن ولان ثبوت صفة المالكية والقوة للمعتق حصل من جهتها فكانت محييه له فينسب
المعتق بالولاء اليها وينسب اليها من ينسب الى مولاها الذي اعتقته وينسب اليها من ينسب الى معتق
معتقها الى ما لا يتناهى بخلاف النسب حيث لا ينسب اليها الاولاد وانما تنسب الى الاب لانه المالك وصاحب
الفراش والمراة مملوكة نكاحا فلا تكون مالكة والنسب في النكاح بالفراش والملك وهي لا تساوي
الرجل فيه وفي ولاء العتاقة النسبة بسبب اثبات القوة الحكمية للمعتق وهي تساوي الرجل فيه
كما انها تساويه في ملك المال فينسب اليها كما ينسب الى الرجل ولهذا جعلت عصبة فيه كالرجل ثم
اثبت هنا الولاء للنساء فيما اعتقن لما ذكرنا من المنقول والمعقول ونفاه عنهن فيمن اعتقه غيرهن حتى
لا يرثن الولاء ممن اعتقه مورثهن لان الولاء لا يجري فيه الارث وانما تثبت للعصبة بطريق الخلافة
انما هو الخلافة تتحقق ممن يتحقق منه النصرة والنصرة تتحقق من الذكور دون الاناث الا ترى ان النساء لا يدخلن
في العاقلة ليتحملن الدية كما يتحمل الرجال لعدم النصرة منهن فاذا كان ثبوته بطريق الخلافة يقدم
الاقرب فالاقرب من عصبة المعتق فيقوم مقامه كالارث حتى لو ترك ابا مولاه وابن مولاه كان الولاء للابن
ولو ترك جد مولاه واخا مولاه كان الولاء للجد لانه اقرب في العصوبة وفي الاول خلاف ابي يوسف فانه
يعطي للاب السدس والباقي للابن وفي الثاني خلاف من يرى توريث الاخوة مع الجد والمسالة معروفة
وكذا الولاء لابن المعتقة دون اخيها وعقل جنايتها على اخيها لانه من قوم ابيها وجناية معتقها كجنايتها
فيكون عليهم وروي ان علي ابن ابي طالب والزبير ابن العوام اختصما الى عثمان في معتق صفية بنت
عبد المطلب حين مات فقال علي هو مولى عمتي فانا احق بارثه لاني اعقل عنها وعنه وقال الزبير هو مولى
امي فانا ارثها فكذا ارث معتقها فقضى عثمان بالولاء للزبير والعقل على علي ولو ترك المعتق ابن مولاه
وابن ابن مولاه كان الولاء للابن دون ابن الابن لما روي عن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم منهم عمر وعلي
وابن مسعود انهم قالوا الولاء للكبر اي لاكبر اولاد المعتق والمراد اقربهم نسبا لا اكبرهم سنا ولو مات المعتق
ولم يترك الا ابنة المعتق فلا شيء لبنت المعتق في ظاهر الرواية عن اصحابنا ويوضع ماله في بيت المال
وبعض مشايخنا كانوا يفتون بدفع المال اليها لا بطريق الارث بل لانها اقرب الناس الى الميت فكانت
اولى من بيت المال الا ترى انها لو كانت ذكرا كانت تستحقه وليس في زماننا بيت المال ولو دفع الى السلطان
او الى القاضي لا يصرفه الى المستحق ظاهرا وعلى هذا ما فضل عن فرض احد الزوجين يرد عليه لانه اقرب الناس
اليه ولا يوضع في بيت المال وكذا الابن والبنت من الرضاع يصرف اليهما اذا لم يكن هناك اقرب منهما
ذكر هذه المسائل في النهاية والذميون يتوارثون بالولاء كالمسلمين لانه احد اسباب الارث والله اعلم

فصل قال رحمه الله اسلم رجل على يد رجل ووالاه على ان يرثه ويعقل عنه او غيره ووالاه صح
وعقله على مولاه وارثه له ان لم يكن له وارث وهو اخر ذوي الارحام وقال مالك والشافعي لا اعتبار لهذا
الولاء اصلا لقوله تعالى واولوا الارحام بعضهم اولى ببعض في كتاب الله قيل انها نزلت ناسخة لقوله
تعالى والذين عقدت ايمانكم فاتوهم نصيبهم ولقوله عليه السلام لا حلف في الاسلام ولان فيه ابطال حق
بيت المال ولهذا لا يصح في حق وارث اخر وقال ليث بن سعد من اسلم على يد رجل كان ولاؤه له لقوله عليه السلام

ونحن جعلنا مولى

حين سئل عن الرجل يسلم على يد الرجل هو ولي الناس بمحياه ومماته من غير فصل بين ان يوجد منه موالاة
اخرى او لم يوجد وقال يحيى بن سعيد اذا جاء رجل من ارض العدو فاسلم على يد رجل فان ولاءه لمن والاه
ومن اسلم من اهل الذمة على يد رجل فولاؤه للمسلمين عامة لان الذمي سبق له عقد مع المسلمين وصار
تبعا لهم فلا يملك ابطاله كالمعتق ولنا اطلاق ما تلونا والمراد بها عقد الموالاة نقلا عن ائمة التفسير
وما رواه ليث محمول على ما اذا جدد عقد الموالاة بعد الاسلام توفيقا بينه وبين الاية وبين اقوال
الصحابة رضي الله عنهم فانه روي عن عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم اجمعين مثل مذهبنا
ولم يرو عن احد غيرهم خلاف ذلك فكان اجماعا ولانه اذا لم يكن له وارث كان له ان يضع ماله حيث شاء
اذ ليس فيه ابطال حق احد معين وبيت المال ليس بوارث ولا مستحق وانما يوضع فيه مال ضايع ليتصرف
فيه الامام اذا لم يكن لصاحبه ان يتصرف فيه لانه نصب ناظرا للغيب فاذا تصرف فيه صاحبه كان
تصرفه اولى من تصرف الامام كما في حال حضرته وقولهم ان الاية منسوخة بقوله تعالى واولو الارحام
بعضهم اولى ببعض قلنا الذي ورد انها منسوخة في حق التقديم فانهم كانوا يقدمونه بالبعض على
اولي الارحام فنسخ ذلك التقديم وفي الاية اشارة اليه حيث قال اولى ببعض وكونهم اولى منه لا يوجب
سقوطه عند عدمهم الا ترى ان الاولوية موجودة في كثير من الورثة لا سيما في العصبة ثم عند عدم
من هو اولى لا يوجب سقوط الاخر وما تمسكوا به من قوله عليه السلم لا حلف في الاسلام المراد به الحلف
الذي كانوا يتعاقدون عليه في الجاهلية من قولهم هدمي هدمك ودمي دمك ترثني وارثك فكان
التناصر على الحق والباطل والتقديم بالارث على القريب فحظره الاسلام التناصر على الباطل واوجب التعاون
على البر والتقوى وقدم القريب عليه بالارث ثم شرط صحة هذه الموالاة ان يشترط الميراث والعقل لان
هذا العقد يقع على ذلك فلا بد من ذكره في العقد ولو شرط الارث من الجانبين كان كذلك لانه ممكن فيتوارثان
بخلاف ولاء العتاقة حيث لا يرث الا الاعلى ومن شرطه ان يكون مجهول النسب وان لا يكون عليه ولاء عتاقة
ولا ولاء موالاة قد عقل عنه وان يكون حرا بالغا عاقلا وحكمه ان يثبت به الارث اذا مات وان يعقل
عنه اذا جنى ويدخل فيه اولاده الصغار ومن يولد له بعد عقد الموالاة ولو عقد مع الصغير او مع العبد
لا يجوز الا باذن الاب والمولى وعند بعضهم لا يشترط ان يكون مجهول النسب ويشترط ان لا يكون الاسفل
عربيا لان تناصر العرب بالقبائل فاغنى عن الموالاة وكونه اسلم على يده ليس بشرط لصحة هذا العقد
قال رحمه الله وله ان ينتقل عنه الى غيره بمحضر من الاخر ما لم يعقل عنه لان العقد غير لازم كالوصية والوكالة
فلكل واحد منهما ان ينفرد بفسخه بعلم صاحبه وان كان الاخر غايبا لا يملك فسخه وان كان غير لازم
لان العقد بينهما كما في الشركة والمضاربة والوكالة ولا يعرى عن ضرر لانه ربما يموت الاسفل فياخذ
الاعلى ماله ميراثا فيكون مضمونا عليه او يعتق الاسفل عبدا على حسبان ان عقل عبيده على المولى الاعلى
فيجب عليه وحده فيتضرر بذلك فلا يصح الفسخ الا بمحضر من الاخر بخلاف ما اذا عاقد الاسفل الموالاة مع
غيره بغير محضر من الاول حيث يصح وينفسخ العقد الاول لانه فسخ حكمي فلا يشترط فيه العلم كما في الوكالة
والمضاربة والشركة وانما كان كذلك لان الولاء كالنسب اذا ثبت من شخص ينافي ثبوته من غيره فينفسخ
ضرورة والمراة في هذا كالرجل لانها من اهل التصرف وقوله ما لم يعقل عنه لانه اذا عقل عنه ليس له ان
يتحول الى غيره لتاكده بتعلق حق الغير به وحصول المقصود به ولاتصال القضاء به ولا ولاية التحويل
قبل ان يعقل عنه باعتبار انه عقد تبرع من حيث انه تبرع بالقيام بنصرته وعقل جنايته فاذا عقل
عنه صار كالعوض في الهبة وكذا لا يتحول ولده بعد ما تحمل الجناية عن ابيه وكذا اذا عقل عن ولده
لم يكن لكل واحد منهما ان يتحول الى غيره لانهما كشخص واحد في حكم الولاء قال رحمه الله وليس المعتق ان يوالي

احدا لان ولاء العتاقة لازم لا يحتمل النقض لان سببه لا يحتمل النقض بعد ثبوته وهو العتق
فلا ينفسخ ولا ينعقد معه لانه لا يفيد لان الارث بولاء العتاقة مقدم على الارث بولاء الموالاة الا ترى
ان شخصا لو مات وترك مولى اعتقه ومولى موالاة كان المال للمعتق قال رحمه الله ولو والت امراة فولدت
تبعها فيه يعني ولدت ولدا لا يعرف له اب وكذا لو اقرت انها مولاة فلان ومعها صغير لا يعلم له اب
صح اقرارها على نفسها ويتبعها ولدها ويصيران مولى فلان وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يتبعها
ولدها في الصورتين لان الام لا ولاية لها في ماله فان لا يكون لها في نفسه اولى ولابي حنيفة رحمه الله
ان الولاء كالنسب وهو نفع محض في حق الصغير الذي لم يدر له اب فتملكه الام كقبول الهبة ولو اقر
رجل انه معتق فلان فكذبه المقر له في الولاء اصلا او قال لا بل واليتني فاقر المقر لغيره بالولاء لا يصح عند
ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يصح لان اقراره بطل بتكذيب المقر له وصار كان لم يوجد فكان له ان يتحول الى
غيره وله انه اقر بما لا يحتمل النقض فلا يبطل برد المقر له كمن شهد على رجل بنسب فردت شهادته ثم ادعى
الشاهد انه ولده لا يصح فكذا هذا والله اعلم

كتاب الاكراه

قال رحمه الله هو فعل يفعله الانسان بغيره فيزول به الرضى وقيل الاكراه فعل يوجد من المكره فيحدث في المحل معنى
يصير به مدفوعا الى الفعل الذي طلب منه وهذا في الشرع وهو في اللغة حمل المكره على امر يكرهه
يقال اكرهته على كذا اي حملته عليه وهو كاره وشرطه ان يكون المكره قادرا على ايقاع ما هدده به وان
يغلب على ظن المكره ان يوقع به ذلك ان لم يفعل وحكمه اذا حصل به اتلاف ان ينتقل الفعل الى المكره فيما
يصلح ان يكون المكره آلة المكره فيجعل كانه فعله بنفسه على ما يجي تفاصيله والاكراه نوعان
ملجئ وغير ملجئ فالملجئ هو الكامل وهو ان يكرهه بما يخاف على نفسه او على عضو من اعضائه فانه
يعدم الرضى ويوجب الالجاء ويفسد الاختيار وغير الملجئ قاصر وهو ان يكرهه بما لا يخاف على نفسه
ولا على تلف عضو من اعضائه كالاكراه بالضرب الشديد او القيد او الحبس فانه يعدم الرضا
ولا يوجب الالجاء ولا يفسد الاختيار وهذا النوع من الاكراه لا يوثر الا في تصرف يحتاج فيه الى الرضا
كالبيع والاجارة والاقرار الا ترى ان الهزل يوثر فيه لعدم الرضى حتى لا ينفذ معه فكذا مع هذا الاكراه
لانه ينعدم به الرضى والاول يوثر في الكل فيضاف فعله الى المكره فيصير كانه فعله والمكره آلة له
فيما يصلح ان يكون آلة كاتلاف النفس والمال وان لم يصلح ان يكون آلة له اقتصر الفعل على المكره فيكون
كانه فعله باختياره من غير اكراه احد وذلك مثل الاقوال والاكل لان الانسان لا يتكلم بلسان غيره
ولا ياكل بفم غيره فلا يكون مضافا الى غير المتكلم والاكل الا اذا كان فيه اتلاف فيضاف اليه من حيث الاتلاف
لصلوحه آلة له فيه حتى اذا اكرهه على العتق يقع كانه اوقعه باختياره حتى يكون الولاء له ويضاف
الى المكره من حيث الاتلاف فيرجع عليه بقيمته وكذا لو اكرهه على الطلاق يقع ويرجع عليه ان كان فيه
اتلاف بان كان قبل الدخول ولو اكره المراة على قبول الطلاق بالمال فقبلت يقع الطلاق ولا يلزمها
المال لعدم الرضى لان الرضى في حق المال شرط دون الطلاق ثم اعلم ان الاكراه لا ينافي اهلية المكره
ولا يوجب وضع الخطاب عنه بحال لان المكره مبتلى والابتلاء يحقق الخطاب ولهذا كان عليه ان افعاله
مترددة بين فرض وحظر واباحة ورخصة ويأثم تارة ويوجر اخرى كساير افعال المكلفين في حالة
الاختيار يحرم عليه قتل النفس وقطع طرف الغير والزنا ويفترض عليه ان يمتنع من ذلك ويثاب عليه
ان امتنع ويباح له بالاكراه اكل الميتة وشرب الخمر ويرخص له به اجراء كلمة الكفر في تلك الحالة واتلاف
مال الغير وافساد الصوم والجناية على الاحرام وهذا دليل على انه مخاطب قال رحمه الله وشرطه
قدرة المكره على تحقيق ما هدد به سلطانا كان او لصا وخوف المكره وقوع ما هدد به لان الاكراه

ثم لا فرق بين التصرفات التي تثبت مع الهزل والتصرفات التي تثبت مع عدم اختياره وهو التصرف ... حكم الاكراه في حال ... باب الحجة مستخلص

ثم تفسد به اختياره ان كان ملجأ والا لا يفسد ولا تزول به اهلية المكره ولا يسقط عنه الخطاب مسكين

اي في تصرف يحتاج فيه الى الرضى وغيره

وذا بان يغلب على ظنه انه يفعله ولا يفعل الا هو على مقاومته ليصير محمولا على ما دعي اليه من الفعل وكذا يشترط ان يكون المكره به متلفا نفسا مثل القتل او عضوا مثل القطع او موجبا غما كالحبس الشديد مستخلص

اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه او يفسد به اختياره مع بقاء اهليته وذلك لا يتحقق الا
من القادر عند خوف المكره تحقيق ذلك لانه بالتهديد من القادر والخوف منه على نفسه يصير ملجا طبعا
وبدونهما لا يصير ملجا فلا يثبت به حكمه وما روى عن ابي حنيفة من ان الاكراه لا يتحقق الا من السلطان
فذلك محمول على ما شاهد في زمانه من ان القدرة والمنعة لم تكن في ذلك العصر الا للسلطان فاجاب على ما شاهد
وفي زمانهما كان لكل مفسد متلصص قدرة على ذلك لفساد الزمان فافتيا على ما شاهدا وبه يفتى اذ ليس فيه
اختلاف يظهر في حق الحجة قال فلو اكره على بيع او شراء او اقرار او اجارة بقتل او ضرب شديد او حبس
شديد يخير بين ان يمضي البيع او يفسخ لان الاكراه الملجي وغير الملجي يعدمان الرضا والرضى شرط لصحة
هذه العقود قال الله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض فيفسد عند فوات الرضى بخلاف ما اذا اكره بحبس يوم
او قيد يوم او ضرب سوط لانه لا يبالي عنه عادة فلا يعدم الرضى وهو شرط لثبوت حكم الاكراه الا اذا كان
الرجل صاحب منصب يعلم انه يتضرر بذلك فيكون مكرها عنده لان ضرره اشد من ضرر الضرب الشديد فيفوت
به الرضى وكذا الاقرار جعل حجة حالة الاختيار لترجح جانب الصدق على جانب الكذب وعند الاكراه يترجح جانب
الكذب على جانب الصدق لدفع الضرر عن نفسه وقد يما يكون من الحبس اكراها ما يجيء به الاغتمام البين ومن الضرب
ما يجد منه الالم الشديد وليس في ذلك حد لا يزاد عليه ولا ينقص منه لان نصب المقادير بالراي ممتنع
بل يكون ذلك مفوضا الى راي الامام لانه يختلف باختلاف احوال الناس فمنهم من لا يتضرر الا بضرب شديد
وحبس مديد ومنهم من يتضرر بادنى شيء كالشرفاء والرؤساء يتضررون بضربة سوط او بعرك اذنه لا سيما
في ملا من الناس او بحضرة السلطان فيثبت في حقه الاكراه عنده لان فيه هوانا وذلا اعظم من الالم
والاكراه بحبس الوالدين او الاولاد لا يعد اكراها لانه ليس بملجي ولا يعدم الرضا بخلاف حبس نفسه
قال ويثبت به الملك عند القبض للفساد اي يثبت بالبيع والشراء مكرها الملك للمشتري لكونه فاسدا
كساير البياعات الفاسدة وقال زفر رحمه الله لا يثبت به الملك لانه بيع موقوف وليس بفاسد الا ترى انه لو
اجاز بعد زوال الاكراه جاز ولو كان فاسدا لما جاز لان الفاسد لا يجوز بالاجازة ولا يرتفع الفساد به
والموقوف قبل الاجازة لا يفيد الملك بالقبض كما لو باع بشرط الخيار وسلمه الى المشتري فانه لا يملكه
بالقبض ولنا ان ركن البيع وهو الايجاب والقبول صدر من اهله مضافا الى محله والفساد لعدم شرطه
وهو التراضي وفوات الشرط تاثيره في فساد العقد كالمساواة في الاموال الربوية فانها شرط فيها لجواز
البيع وفواتها يوجب الفساد لا التوقف بخلاف البيع بشرط الخيار فان شرط الخيار يجعل العقد في حق حكمه
كالمتعلق بالشرط والمتعلق بالشرط معدوم قبل وجود الشرط او نقول لما وجد اصل البيع في محله لم
ينعدم ذلك بالكره فكان ينبغي ان ينفذ كالطلاق الا ان الشرع شرط للحل شرطا زايدا وهو التراضي
ونهانا عن التجارة بدونه فكان النهي بهذا المعنى في غير ما يتم به المنهي عنه فلا يصير به البيع غير
مشروع كما نهانا عن بيع الحنطة بالحنطة الا بشرط المماثلة وانه زايد على ما يتم به البيع فكان النهي
بهذا المعنى في حق غير المنهي عنه فلا يصير المنهي عنه غير مشروع بل وقع فاسدا لعدم شرط الجواز الزايد
شرعا فاذا كان كذلك فلم يبق الفرق بين هذا النهي وبين النهي عن بيع الربا الا ان ما يتعلق به الحرمة هناك
اتصل بالبيع وصفا وفي مسئلتنا اتصل بالعاقد وهكذا في البيوع الفاسدة كلها يتعلق النهي بالوصف
فيكون مشروعا باصله غير مشروع بوصفه فيفيد الملك بالقبض فكان هذا حتى لو قبضه وتصرف فيه تصرفا
لا يمكن نقضه كالاعتاق والتدبير جاز تصرفه فيه وانما نفذ بالاجازة لان المفسد يرتفع بها
وهو عدم التراضي فصار كساير البياعات الفاسدة الا انه لا ينقطع به حق استرداد المبيع وان تداولته
الايدي بخلاف ساير البياعات الفاسدة لان الفساد فيها لحق الله تعالى وقد تعلق بالبيع الثاني حق العبد

وحقه مقدم لحاجته باذنه اما هنا الرد لحق العبد وهما سواء فلا يبطل حق الاول لحق الثاني ومن مشايخ
بخارى من جعل بيع الوفاء كبيع المكره منهم الامام ظهير الدين والصدر الشهيد حسام الدين والصدر
السعيد تاج الاسلام وصورته ان يقول البايع للمشتري بعت منك هذا العين بدين لك علي على اني متى قضيت
الدين فهو لي فجعلوه فاسدا باعتبار شرط الفسخ عند القدرة على ايفاء الدين يفيد الملك عند اتصال
القبض به وينقض بيع المشتري كبيع المكره لان الفساد باعتبار عدم الرضا فكان حكمه حكم بيع المكره في جميع
ما ذكرنا ومنهم من جعله رهنا منهم السيد الامام ابو شجاع وعلي السغدي والقاضي الامام الحسن الماتريدي
قالوا لما شرط عليه اخذه عند قضاء الدين اتى بمعنى الرهن لانه هو الذي يوخذ عند قضاء الدين والعبرة
في العقود للمعاني دون الالفاظ حتى جعلت الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة وبالعكس كفالة والاستصناع
عند ضرب الاجل سلما فاذا كان رهنا لا يملكه ولا ينتفع به واي شيء اكل من زوايده يضمن ويسترده عند
قضاء الدين ولو استاجره البايع لا يلزمه اجرته كالراهن اذا استاجر المرهون وان تنفع به ويسقط الدين
بهلاكه فيثبت فيه جميع احكام الرهن ومن مشايخ سمرقند من جعله بيعا جايزا مفيدا بعض الاحكام وهو
الانتفاع به دون البعض وهو البيع لحاجة الناس اليه ولتعاملهم فيه والقواعد قد تترك بالتعامل
وجوز الاستصناع لذلك وقال صاحب النهاية وعليه الفتوى ومن المشايخ من جعله باطلا اعتبره بالهازل
وقال في الكافي والصحيح ان العقد الذي جرى بينهما ان كان بلفظ البيع لا يكون رهنا ثم ينظر ان ذكرا شرط
الفسخ في البيع فسد البيع وان لم يذكرا ذلك في البيع وتلفظا بلفظ البيع بشرط الوفاء او تلفظا بلفظ البيع
الجايز وعندهما هذا البيع عبارة عن بيع غير لازم فكذلك وان ذكر البيع من غير شرط ثم ذكر الشرط على
الوجه المعتاد جاز البيع ويلزم الوفاء بالميعاد لان المواعيد قد تكون لازمة قال عليه السلام العدة دين
فيجعل هذا الميعاد لازما لحاجة الناس اليه وقال جلال الدين في حواشي الهداية صورته ان يقول البايع
للمشتري بعت منك هذا العين بالف على اني لو دفعت اليك ثمنك تدفع العين الي ثم قال ويسمى هذا بيع الوفا
ويمكن ان يكون هذا الامر على الاختلاف الذي مضى ذكره وتفسيره به دليل على انه مثل الاول وهذا البيع
موجود في المصر متعامل به وهم يسمونه بيع الامانة قال وقبض الثمن طوعا اجازة كالتسليم طايعا
اي لو اكره على البيع وقبض الثمن طوعا كان اجازة كما اذا سلم المبيع طايعا لان القبض او التسليم طايعا دليل
الرضا وهو الشرط بخلاف ما اذا اكره على الهبة دون التسليم وسلم حيث لا يكون اجازة وان سلم طوعا
لان مقصود المكره ما يتعلق به الاستحقاق لا صورة العقد والاستحقاق في البيع يتعلق بنفس البيع فلم
يكن الاكراه به اكراها بالتسليم فيكون التسليم او القبض عن اختيار دليل الاجازة وفي الهبة يقع الاستحقاق
بالقبض لا بمجرد الهبة فيكون الاكراه عليها اكراها بالتسليم نظرا الى مقصود المكره وهو حمله على شيء يتعلق
به الاستحقاق وازالة الملك ليتضرر به المكره ويعتبر ذلك في اصل الوضع لان البيع وضع لافادة
الملك في الاصل وان كان في الاكراه لا يفيده لكونه فاسدا والهبة لا تفيد الملك قبل القبض باصل الوضع
ونقله بعينه سواء كانت صحيحة او فاسدة فيتصرف الاكراه في كل واحد منهما الى ما يستحق به منه في اصل
وضعه وان قبضه مكرها فليس ذلك باجازة وعليه رد الثمن ان كان قايما في يده لفساد العقد بالاكراه
وان كان هالكا لا يؤخذ منه شيء لان الثمن كان امانة في يد المكره لانه اخذه باذن المشتري لا على سبيل التملك
فلا يجب عليه الضمان قال وان هلك المبيع في يد المشتري وهو غير مكره والبايع مكره ضمن قيمته للبايع
لانه قبضه بحكم عقد فاسد فكان مضمونا عليه بالقيمة قال وللمكره ان يضمن المكره لانه آلة له
فيما يرجع الى الاتلاف وان لم يكن آلة له في حق التكلم لعدم الصلاحية لان التكلم بلسان الغير لا يمكن فصار
كانه دفع مال البايع الى المشتري فيضمن ايهما شاء كالغاصب وغاصب الغاصب لان المكره كالغاصب

بيع الوفاء كبيع المكره عند مشايخ بخارى

بيع الوفا

الناس

اى خذ البيع

صورة بيع الوفا

بان اكره على البيع دون التسليم لان الاكراه على البيع لا يكون اكراها على قبض الثمن كما لا يكون اكراها على تسليم المبيع حتى لو اكره على قبض الثمن ايضا لا يكون اجازة وكذا على التسليم مستخلص

وانما قيده بقوله وهو غير مكره لانه لو كان مكرها ... وهلاك الملك في يده ... امانة مسكين

والمشتري كغاصب الغاصب فان ضمن المكره رجع المكره على المشتري بالقيمة لانه باداء الضمان ملكه فقام مقام
المالك فالمكره فيكون ما لكا له من وقت وجود السبب بالاستناد ولو ضمن المشتري ثبت ملك المشتري فيه
ولا يرجع على المكره كما لا يرجع غاصب الغاصب على الغاصب اذا ضمن ولانه ملكه بالشراء والقبض لانه
اشتراء وهو بيع حقيقة من كل وجه غير انه توقف نفوذه على سقوط حق المكره في الفسخ فاذا ضمنه قيمته
نفذ ملكه فيه كساير البياعات الفاسدة ولو كان المشتري باعه من اخر وباع الاخر من اخر حتى تداولته البياعات
نفذ الكل بتضمين الاول ولو ان يضمن من شاء من المشترين فايهم ضمنه ملكه وجازت البياعات التي بعده
وبطل ما قبله بخلاف ما اذا اجاز المكره احد هذه البياعات حيث يجوز الكل ما قبله وما بعده ويأخذ هو
الثمن من المشتري الاول لان البيع كان موجودا والمانع من النفوذ حقه وقد زال المانع بالاجازة فجاز الكل كالراهن
او الاجر اذا باع الرهن او العين المستاجرة فانه يتوقف لاجل حق المرتهن والمستاجر فاذا اجاز نفذ البيع
من جهة المباشر والمجيز يكون مسقطا حقه لا ان يكون مملكا باجازته واما اذا ضمنه فانه لم يسقط حقه
لان اخذ القيمة كاسترداد العين فتبطل البياعات التي قبله ولا يكون اخذ الثمن استردادا المبيع بل اجازة
فافترقا وبخلاف ما اذا اجاز المالك واحدا بيوع من باعه الفضولي حيث لا يجوز الا الذي اجازه المالك
ولا يجوز ما قبله ولا ما بعده لان كل واحد باع ملك غيره فلا يفيد الملك المشتري منه فعند الاجازة يملكه
من اجيز شراؤه وتبطل البقية لورود ملك بات على ملك موقوف **قال رحمه الله** وعلى اكل الميتة ولحم خنزير وميتة ودم
وشرب خمر بضرب او قيد لم يحل وحل بقتل وقطع اي لو اكره على هذه الاشيا بما لا يخاف على نفسه او على عضو
كالضرب لا يسعه ان يقدم عليه وبما يخاف يسعه ذلك لان حرمة هذه الاشيا مقيدة بحالة الاختيار
وفي حالة الضرورة مبقاة على اصل الحل لقوله تعالى الا ما اضطررتم اليه فانه استثنى حالة الضرورة والاضطرار
والاستثناء يكون عبارة عما وراء المستثنى لانه تكلم بالحاصل بعد الثنيا فظهر ان التحريم مخصوص بحالة
الاختيار وفي حالة الاضطرار مباح والاضطرار يحصل بالاكراه الملجي وهو ان يخاف على نفسه او على عضو من
اعضائه كما في حالة المخمصة ولا يحل ذلك بضرب بالسوط ولا بحبس حتى لو خاف ذلك منه وغلب على ظنه
يباح له وقدره بعضهم بادنى الحد وهو اربعون سوطا فان هدده به وسعه وان هدده باقل من ذلك
لا يسعه لان ما دون ذلك مشروع بطريق التعزير وهو يقام على وجه يكون زاجرا لا متلفا بخلاف الحد
فان فيه ما يكون متلفا قلنا لا وجه للتقدير بالراي واحوال الناس مختلفة فمنهم من يحتمل الضرب الشديد
ومنهم من يموت بالادنى منه فلا طريق سوى الرجوع الى راي المبتلى به فان غلب على ظنه ان تلف النفس والعضو
يحصل بذلك وسعه والا فلا **قال رحمه الله** واثم بصبره اي اذا امتنع من الاكل وصبر حتى اتلف اثم لانها في
هذه الحالة مباحة على ما بينا واهلاك النفس او العضو بالامتناع عن المباح حرام فياثم الا انه اذا لم يعلم
الاباحة في هذه الحالة لا ياثم لانه موضع الخفاء وقد دخله اختلاف العلماء فقصد في زعمه الاحتراز عن
المعصية فكان معذورا فلا ياثم كالجهل بالخطاب في اول الاسلام او في دار الحرب في حق من اسلم فيها وعن
ابي يوسف رحمه الله انه لا ياثم مطلقا لانه رخصة اذ الحرمة قائمة فيكون اخذا بالعزيمة قلنا حالة الاضطرار
مستثناة بالنص على ما بينا فلا يكون حراما في تلك الحالة فلا يكون الامتناع عزيمة بل معصية وهذا لما
عرف ان الرخصة استباحة المحظور مع قيام الدليل المحرم والحرمة لا تعامل معاملة المباح الا ان يكون مباحا
حقيقة ولهذا قيل ان الجناية في الرخصة موجودة وانما انتفت العقوبة فقط كالعفو بعد الجناية فانه
لا يعدم الجناية وانما تسقط المواخذة فقط وعلى هذا الخلاف لو صبر في حالة المخمصة **قال رحمه الله** وعلى
الكفر واتلاف مال مسلم بقتل وقطع لا بغيرهما يرخص اي لو اكره على كلمة الكفر او اتلاف مال انسان بشي يخاف
على نفسه او على اعضائه كالقتل وقطع الاطراف يرخص له اجراء كلمة الكفر على لسانه وقلبه مطمئن بالايمان

لقوله تعالى الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان ولحديث عمار بن ياسر حين ابتلي به انه عليه السلام قال له كيف
وجدت قلبك قال مطمئنا بالايمان قال فان عادوا فعد اي الى الطمانينة وفيه نزلت الاية ولان
بهذا الاظهار لا يفوت حقيقة الايمان لان التلفظ به في هذه الحالة لا يبدل الاعتقاد لقيام التصديق
به حقيقة فلا يكون معدوما حق الله تعالى في المعنى فيرخص له احياء لنفسه او طرفه لان حرمة العضو كحرمة
النفس الا ترى ان المضطر لا يرخص له قتل النفس لياكل منه ولا قطع عضوه وكذلك كل ما تثبت حرمته
يرخص له عند الاكراه الكامل وهو الملجي وذلك مثل اتلاف مال الغير وافساد الصوم والصلاة والجناية
على الاحرام لان حرمة الكفر لا تحتمل السقوط فلا يتصور فيه الاباحة اصلا وغيره وان احتمله عقلا لكن لم يوجد
سمعا فالتحق بما لا يحتمل السقوط فثبت بالاكراه الملجي رخصة الاباحة مطلقة ولا تثبت بغير الملجي كالضرب
والحبس لانه ليس بملجي ولهذا لا يكون اكراها في شرب الخمر فكيف يكون اكراها في الكفر وهو اعظم **قال رحمه الله**
ويثاب بالصبر اي يكون ماجورا ان صبر ولم يظهر الكفر حتى قتل لان خبيبا صبر على ذلك حتى صلب وسماه
رسول الله صلى الله عليه وسلم سيد الشهداء وقال في مثله هو رفيقي في الجنة ولان الحرمة قائمة والامتناع عزيمة
فاذا بذل نفسه لاعزاز الدين ولاقامة حق الله تعالى او حق غيره من العباد كان شهيدا الا ترى انه لو قاتل
دون ماله غيره فقتل كان شهيدا ولا يقال الكفر مستثنى في حالة الاكراه بقوله تعالى الا من اكره وقلبه مطمئن
بالايمان كما استثنى الميتة في حالة الاضطرار فكيف يكون حراما في تلك الحالة لانا نقول الاستثناء هنا
راجع الى العذاب لانه المذكور قبله فينتفي العذاب دون الحرمة بخلاف الخمر واخواتها فان المذكور
هناك فيها الحرمة فتنتفي في تلك الحالة وهنا لا تنتفي فتبقى على حالها ولكن لو ترخص جاز لما ان حق الله تعالى
لا يفوت به ولا حق العبد لقيام التصديق بالقلب ووجوب الضمان على المكره **قال رحمه الله** وللمالك ان يضمن
المكره لانه هو المتلف لماله والمكره اله له فيما يصلح اله **قال رحمه الله** وعلى قتل غيره بقتل لا يرخص اي لو اكره على قتل
غيره بالقتل لا يرخص له القتل لاحياء نفسه لان دليل الرخصة خوف التلف والمكره والمكره عليه في ذلك سواء
فسقط الكره **قال رحمه الله** وان قتله اثم لان الحرمة باقية لما ذكرنا فياثم بمباشرته ولان الاثم يكون بدينه والمكره
لا يصلح ان يكون اله له في جعله فيقتصر عليه وكذا لو اكره على الزنا لا يرخص له لان فيه قتل النفس بالضياع
لانه يجي منه ولد وليس له من يربيه ولان فيه افساد الفراش بخلاف جانب المراة حيث يرخص لها بالاكراه
الملجي لان نسب الولد لا ينقطع عنها فلم يكن في معنى القتل من جانبها بخلاف الرجل ولهذا اوجب الاكراه القاصر
درء الحد في حقها دون الرجل **قال رحمه الله** ويقتص من المكره فقط وهذا قول ابي حنيفة ومحمد وقال زفر لا يجب
القصاص على المكره دون المكره لان القصاص يجب على القاتل والقاتل هو المكره حقيقة لانه هو المباشر ولذا
حكما لانه ياثم به وهذا لان القتل فعل حسي وقد تحقق من المكره والاصل في الافعال ان يواخذ بها فاعلها
الا اذا سقط حكم فعله شرعا واضيف الى غيره كما في الاكراه على اتلاف مال الغير فانه سقط حكمه وهو الاثم عن الفاعل
واضيف الى غيره وهنا لم يسقط حكم فعله بالاثم بدليل انه ياثم اثم القتل واثم القتل يكون على القاتل
وقال الشافعي يجب القصاص عليهما اما المكره فلما قاله زفر واما المكره فلحصول التسبيب منه
الى القتل حيث احدث فيه معنى حاملا على القتل والسبب التام ينزل منزلة المباشرة في حق وجوب القصاص
عنده ولهذا احكم بوجوب القصاص على شهود القصاص اذا رجعوا وهذا لان القصاص شرع لحكمة الزجر
والردع والقتل بالاكراه من المتغلبة غالب فلو لم يجب القصاص لادى الى الفساد فيجب على الكل حسما
لمادته وقال ابو يوسف لا يجب القصاص على واحد منهما لان القتل لم يتمحض على المكره من وجه حتى اثم
القتل واضيف الى المكره من وجه حيث انه حمل المكره عليه فصار مدفوعا الى القتل بموجب طبعه ولان
المكره قاتل حقيقة والمكره حكما فانعكس فتمكنت فيه الشبهة من الجانبين فلا يجب فيه القصاص

لهما انه محمول على القتل بطبعه ايثارا لحياته فيصير آلة للمكره فيما يصلح ان يكون آلة له وهو الاتلاف دون
الاثم وهذا لان الآلة هي التي تعمل بطبعها كالسيف فان طبعه القطع عند الاستعمال في محله وكالنار فان
طبعها الاحراق وكالماء فان طبعه الاغراق وباستعمال الآلة يجب القصاص على المستعمل فكذا ههنا والدليل
على ان الآمر هو المستعمل له والمأمور جار على موجب طبعه ان ضمان المال المتلف يجب على الآمر ولولا انه هو
المتلف بالاستعمال لما وجب عليه فعلم بهذا ان الاتلاف منسوب الى الآمر وان المأمور آلة له اذ لا وجه لنسبته
اليه الا بهذا الطريق فكان الآمر مباشرا للاتلاف لا مسببا له لانه لو كان مسببا لما وجب عليه الضمان وانما
كان يجب على المأمور لان المباشر والمسبب اذا اجتمعا في الاتلاف كان الضمان على المباشر دون المسبب وهذا لانه
يمكن ان يجعل آلة له في اتلاف المال بالاجماع بان يأخذه ويلقيه في مال انسان فكذا في النفس في حق الاتلاف
يصلح ان يكون آلة له بهذا الطريق بخلاف الاثم فانه لا يصلح ان يكون آلة له في حقه لان الاثم بالجناية
على دينه ولا يقدر احد ان يجني على دين غيره فبقي الفعل مقصورا في حقه كما قلنا في الاكراه على الاعتاق فانه
ينتقل الفعل الى الآمر في الاتلاف ويقتصر على المأمور من حيث التلفظ ولا يجعل آلة له فيه لانه لا يمكنه
ان يتكلم بلسان غيره فاقتصر على المأمور حتى عتق العبد وكان الولاء له ولو نقل الى الآمر لما عتق لانه لا عتق بدون
الملك وكان الولاء له لان الولاء للمعتق وكذا قلنا في الاكراه على الطلاق حتى يكون مقتصرا عليه في حق التلفظ
دون الاتلاف فيرجع عليه بنصف المهر ان كان قبل الدخول وكذا لو اكره مسلم مجوسيا على ذبح شاة فانه ينقل
الفعل الى المسلم الآمر في حق الاتلاف فيجب عليه الضمان ولا ينقل في حق الحل لانه لا يصلح ان يكون آلة له في حقه
لان الحل في الذبح بحق الدين وبالعكس يحل قال رح وعلى عتاق وطلاق ففعل وقع اي لو اكره على عتاق عبده
او طلاق امرأته فاعتق او طلق وقع العتق والطلاق لان الاكراه لا ينافي الاهلية على ما بيناه وعدم صحة
بعض الاحكام كالبيع والاجارة والاقارير لمعنى راجع الى التصرف وهو كونه يشترط فيه الرضا ومع الاكراه لا يوجد
الرضا واما العتق والطلاق فلا يشترط فيه الرضا فيقع الا ترى ان العتق والطلاق يقعان مع الهزل لعدم
اشتراط الرضا فيهما بخلاف البيع واخواته قال رح ورجع بقيمته ونصف مهرها ان لم يطأها اي على المكره
لان الاتلاف منسوب اليه والمكره آلة له فيرجع بقيمة العبد عليه موسرا كان او معسرا لانه ضمان اتلاف فلا
يختلف باليسار والاعسار اذ ضمان العدوان لا يختلف بهما بخلاف ضمان الاعتاق لانه ضمان افساد بتصرف
في ملكه من غير تعد ولا سعاية على العبد لان السعاية انما تجب عليه للخروج الى الحرية كما في معتق البعض
او لتعلق حق الغير به كعتق الراهن المرهون وهو معسر او عتق المريض عبده وعليه ديون او لم يخرج من الثلث
ولم يوجد شيء من ذلك ههنا ولا يرجع المكره على العبد لان الضمان وجب عليه بفعله فلا يرجع به على غيره وكذا
يرجع بنصف المهر ان كان قبل الدخول وكان المهر مسمى في العقد وان لم يكن مسمى فيه يرجع عليه بما لزمه من
المتعة لان ما عليه كان على شرف السقوط بوقوع الفرقة من جهتها بمعصية كالارتداد وتقبيل ابن الزوج
وقد تأكد ذلك بالطلاق فكان تقريرا للمال من هذا الوجه فيضاف تقريره الى المكره والتقرير كالايجاب فكان
متلفا له فيرجع عليه بخلاف ما اذا دخل بها لان المهر تقرر بالدخول لا بالطلاق ولو قال المكره في مسئلة العتق
خطر ببالي الاخبار بالحرية فيما مضى كاذبا وقد اردت ذلك لا الانشاء للحرية في الحال يعتق العبد في القضاء لا
يصدق لانه خلاف الظاهر ولا يعتق فيما بينه وبين الله تعالى ولا يضمن المكره له شيئا لزعمه انه لم يقع العتق
ولو قال خطر ببالي ذلك ولم ارد ذلك وانما اردت به الانشاء في الحال او لم ارد به شيئا او لم يخطر ببالي شيء
عتق قضاء وديانة ويرجع بقيمته على المكره وعلى هذه التفاصيل الطلاق ولو اكرهه على ان يعتق عبده
او يطلق امرأته ففعل رجع بالاقل من قيمة العبد ومن نصف المهر لان المكره كان يندفع بالاقل ولو كان
ذلك بعد الدخول لا يجب على المكره شيء لانه لو اوقع الطلاق لا يرجع بشيء على ما ذكرنا وان اوقع العتق

فهو ليس بمضطر الى ايقاعه لانه كان يمكنه ان يوقع الطلاق ويتخلص ولو اكرهه على التوكيل بالطلاق او العتاق
فاوقع الوكيل وقع استحسانا والقياس ان لا تصح الوكالة لان الوكالة تبطل بالهزل فكذا مع الاكراه كالبيع
وامثاله وجه الاستحسان ان الاكراه لا يمنع انعقاد البيع ولكن يوجب فساده فكذا التوكيل ينعقد مع
الاكراه والشروط الفاسدة لا تؤثر في الوكالة لكونها من الاسقاطات فاذا لم تبطل نفذ تصرف الوكيل ويرجع
الموكل على المكره بما اتلف عليه استحسانا والقياس ان لا يرجع لان الاكراه وقع على التوكيل وبه لا يثبت الاتلاف
وانما يتلف بفعل الوكيل بعد ذلك باختياره وقد لا يفعل ذلك اصلا فلا يضاف التلف الى التوكيل كما
في الشاهدين اذا شهدا ان فلانا قد وكل بعتق عبده فاعتق الوكيل ثم رجعا لم يضمنا وجه الاستحسان
ان غرض المكره زوال ملكه اذا باشر الوكيل فكان الزوال مقصودا وجعل ما فعل طريقا الى الازالة فيضمن
ولا ضمان على الوكيل لانه لم يوجد منه الاكراه ولو اكره على النذر صح ولزم لانه لا يحتمل الفسخ فلا يعمل فيه
الاكراه وهو من الذي هزله جد ولا يرجع على المكره بما لزمه لانه لا مطالب له في الدنيا فلا يطالب هو به
فيها اذ لو كان له الطلب فيها الحبس فيكون اكثر مما وجب وكذا اليمين والظهار لا يعمل فيهما الاكراه لانهما
لا يحتملان الفسخ فيستوي فيهما الجد والهزل وسواء كان اليمين على الطاعة او على المعصية والاصل فيه
حديث حذيفة رضي الله عنه ان المشركين لما اخذوه واستحلفوه على ان لا ينصر رسول الله صلى الله عليه وسلم
في غزوة فحلف مكرها ثم اخبر به رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اوف لهم بعهدهم ونحن نستعين بالله عليهم
ولان الظهار كان طلاقا في الجاهلية فاوجب الشرع به حرمة موقتة بالكفارة فلا يؤثر فيه الاكراه كالطلاق
وكذا الرجعة والايلاء والفيء فيه باللسان لان الرجعة استدامة النكاح فكانت ملحقة به والايلاء يمين في
الحال وطلاق في المآل والاكراه لا يمنع كل واحد منهما والفيء فيه كالرجعة في الاستدامة ولو بانت بمضي
اربعة اشهر ولم يكن دخل بها لزمه نصف المهر وليس له ان يرجع على المكره لانه كان متمكنا من الفيء في المدة
وكذا الخلع لانه طلاق او يمين من جانب الزوج وكل ذلك لا يؤثر فيه الاكراه ثم ان كانت المرأة غير مكرهة لزمها
البدل لانها التزمته وهي طائعة وان كانت مكرهة لا يلزمها لان المال لا يلزم بدون الرضا ولو اكرهه على
ان يجعل كل مملوك يملكه في المستقبل حرا ففعل ثم ملك مملوكا عتق ولا ضمان على المكره لان العتق حصل باعتبار
صنع من جهته وان اكرهه على ان يعلقه بفعل الذي لا بد له منه نحو ان يقول ان صليت فعبدي حر او ان اكلت
او شربت ثم فعل المكره هذه الاشياء عتق العبد وغرم المكره قيمته لانه لا بد له من هذه الافعال فكان
ملجأ ولو اكرهه على ان ينكح ففعل لم يرجع بذلك على الذي اكرهه لانه امره بالخروج عن حق لزمه وذلك
حسنة منه لا اتلاف شيء عليه بغير حق ولو اكرهه على عتق عبد بعينه عن الكفارة ففعل عتق وعلى المكره
قيمته لانه لم يجب عليه ان يعتق عبدا معينا عن كفارته فصار بالاكراه عليه متعديا عليه بخلاف الاول لانه
لم يأمره الا بالخروج عما لزمه ولم يكرهه على اتلاف مال معين ثم لا يجزئه عن الكفارة لانه في معنى العتق
بعوض ولو قال انا ابرئه من القيمة حتى يجزئه عن الكفارة لم يجز ذلك لان العتق نفذ غير مجزئ عن الكفارة
والموجود بعد ذلك ابراء عن الدين وهو لا يتأدى به الكفارة ولو قال اعتقته حين اكرهني وانا اريد
به عن الكفارة ولم اعتقه لاكراهه اجزأه عن الكفارة وليس له ان يرجع بقيمة العبد على المكره
ولو اكرهه على ان يعتق نصف عبده فاعتق كله فهو مختار ولا شيء على المكره عند ابي حنيفة رحمه الله لان الاعتاق
يتجزأ عنده وما اتى به غير ما اكره عليه فلا يصير الاتلاف به منسوبا الى المكره الا ترى انه لو امر ان
يعتق نصف عبده فاعتق كله كان باطلا عنده وعندهما يضمن المكره قيمته كله لان الاعتاق لا يتجزأ عندهما
فالاكراه على اعتاق النصف اكراه على اعتاق الكل ولو اكرهه على اعتاق كله فاعتق نصفه يضمن نصفه
عنده وعندهما يضمن الكل لان اعتاق النصف اعتاق الكل عندهما وعنده يقتصر على النصف فيكون آتيا

بعض ما اكره عليه فيجب عليه الضمان بحسابه ولو اكره على الزنا فزنى يجب الحد عليه في قول ابي حنيفة الاول
وهو قول زفر ثم رجع وقال لا يجب عليه الحد ان اكرهه السلطان وان اكرهه غيره يجب وقالا لا يجب عليه
في الوجهين وهذا اختلاف عصر وزمان على ما بيناه من قبل وجه قوله الاول ان الزنا من الرجل لا يتصور
الا بانتشار الآلة والانتشار دليل الطواعية ولانه لا يمكن نسبة الزنا الى المكره لكونه لا يصلح ان يكون
آلة له في الزنا لان الوطي بآلة غيره غير ممكن فكان مقتصرا على الفاعل ولهذا لا يسقط به احصانه دون
احصان المكره فكذا الحد يجب بخلاف المراة لانها محل الفعل ويتحقق منها الزنا الا ترى انه يتحقق منها
وهي نائمة او مغمى عليها ولا تاثير به وبخلاف الاكراه على القتل فانه يمكن ان يجعل آلة له فيه فنسب الى
المكره حتى يجب عليه القصاص ووجه قوله المرجوع اليه ان الانتشار لا لانه قد يكون طبعا كما في النائم
فلا يدل على الطواعية فيسقط الحد اذا وجد الاكراه الملجئ لانه لولا الالجاء لما فعل وقصده بالفعل دفع
الهلاك عن نفسه لا اقتضاء الشهوة ولان الحد شرع للزجر وهو منزجر في غير حالة الاكراه لما ان في الامتناع
اهلاكه فلا يفيد شرع الحد في هذه الحالة فلا يكون مشروعا قال رح وعلى الردة لم تبن امراته اي لو
اكره على الردة واجرى كلمة الكفر على لسانه وقلبه مطمئن بالايمان لم تبن امراته لانه لا يكفر به من غير تبدل
الاعتقاد حتى لو ادعت المراة ذلك وانكر هو كان القول قوله استحسانا والقياس ان يكون القول لها حتى يفرق
بينهما لان كلمة الكفر سبب لحصول البينونة بها فيستوي فيها الطائع والمكره كلفظة الطلاق ووجه
الاستحسان ان هذه اللفظة غير موضوعة للفرقة وانما تقع الفرقة باعتبار تغير الاعتقاد والاكراه دليل
على عدم تغيره فلا تقع الفرقة ولهذا لا يحكم عليه بالكفر بخلاف ما اذا اسلم مكرها حيث يحكم عليه بالاسلام
لانه وجد احد الركنين وفي الركن الآخر احتمال فرجحنا جانب الوجود احتياطا لان الاسلام يعلو ولا يعلى عليه
ونظيره السكران فان اسلامه صحيح وكفره لا يصح ولا يحكم بردته لعدم القصد هذا لبيان الحكم
اما فيما بينه وبين الله تعالى فاذا لم يعتقد فليس بمسلم ولو اكره على الاسلام حتى اسلم ثم رجع عن الاسلام لا
يقتل لانه لما تمكنت الشبهة لاحتمال عدم الاسلام من الابتداء فيكون اصليا لعدم صحة اسلامه ولو قال
المكره نويت الاخبار باطلا ولم اكن فعلت بانت امراته في الحكم لانه اقر بوجود المخلص وجوابه مطابق
للسؤال فيكون مخالفا لما نوى باعتبار الظاهر فلا يصدق انه نوى ذلك لان كلامه وقع جوابا لما طلب
منه ظاهرا فالظاهر انه اجاب اليه ثم نوى ما قصده المكره مع اقراره على نفسه بوجود المخلص فلا يصدق
في حق المراة انه عدل عما طلبوه بالنية فيجعل مجيبا لهم طائعا ولو قال اردت ما طلب مني وقد خطر ببالي
الخبر عن الباطل بانت ديانة وقضاء لانه كفر حقيقة حيث اجاب ما طلب منه مع وجود المخلص وعلى هذا
لو اكره على الصلوة للصليب او على سب محمد النبي صلى الله عليه وسلم ففعل فقال خطر ببالي ان اسجد لله تعالى او سب
محمد آخر فنويت السجود لله تعالى او سببت غير النبي صلى الله عليه وسلم بانت قضاء لا ديانة ولو صلى للصليب
وسب محمدا النبي صلى الله عليه وسلم وقد خطر بباله الصلوة لله وسب غير النبي بانت قضاء وديانة لانه كفر
حقيقة لما قلنا ولو قال لم يخطر ببالي شيء ونويت ما طلب مني وقلبي مطمئن بالايمان لا تبين امراته ديانة
ولا قضاء وهو المراد بالمذكور في الكتاب لانه لم يقر على نفسه بوجود المخلص واجابة ما طلب منه في حالة
الاكراه مرخص له دون غيرها من الاحوال حتى لو خطر بباله انه لو اكرهه العدو على كلمة الكفر اجراها على
لسانه وقلبه مطمئن بالايمان كفر من ساعته لانه رضي باجراء كلمة الكفر على لسانه من غير اكراه فصار نظير
ما لو نوى ان يكفر في وقت المستقبل **فصل** وحرمة طرف الانسان كحرمة نفسه حتى لو اكره على قطع يد
غيره لا يرخص له قطعها كما لا يرخص له على قتل نفسه بخلاف اتلاف ماله ولو قطعها ياثم القاطع ويجب
القصاص على المكره كما قلنا في النفس ولو اكره على قطع طرف نفسه حل له قطعه بخلاف ما اذا اكره

على قتل نفسه حيث لا يحل له قتلها لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال في حق صاحب الطرف حتى يحل له
قطعها اذا استاكلت ولو قال له لتلقين نفسك في النار او من الجبل او لاقتلنك وكان الالقاء بحيث
لا ينجو منه ولكن فيه نوع خفة فله الخيار ان شاء فعل ذلك وان شاء لم يفعل وصبر حتى يقتل عند ابي حنيفة رحمه الله
لانه ابتلي ببليتين فيختار ما هو الاهون في زعمه وعندهما يصبر ولا يفعل ذلك لان مباشرة الفعل سعي
في اهلاك نفسه فيصبر تحاميا عنه واصله ان الحربي اذا وقع في سفينة وعلم انه لو صبر فيه احترق
ولو وقع في الماء غرق فعنده يختار ايهما شاء وعندهما يصبر ثم اذا القى نفسه في النار فاحترق فعلى
المكره القصاص وان اكره على ان يقطع يد رجل بحديدة فقطع يده ثم قطع رجله بغير اكراه فمات
المقطوع من ذلك يجب القصاص على القاطع وعلى المكره لانه مات بفعلين احدهما انتقل الى المكره
والآخر اقتصر على القاطع فصارا قاتلين له وعند ابي يوسف عليهما الدية في مالهما لان في قطع اليد
على المكره الدية عنده فصار نصيب الآخر مثله ضرورة ولو قال له لتلقين نفسك من راس الجبل او لاقتلنك
بالسيف فالقى نفسه فمات فعند ابي حنيفة تجب الدية على عاقلة المكره لانه لو باشر لا يجب عليه القصاص
لانه قتل بالمثقل بل فيه الدية على العاقلة فكذا اذا اكره عليه وعند ابي يوسف تجب الدية على المكره في ماله
وعند محمد يجب القصاص على المكره لانه كالقتل بالسيف عنده وعلى المكره القصاص عنده ولو قال الآخر
اقتلني فقتله تجب الدية في ماله في الصحيح وهو رواية الاصل لان الاباحة لا تجري في النفوس فكان ينبغي
ان يجب القصاص كما قال زفر رحمه الله وانما سقط للشبهة باعتبار الاذن فتجب الدية في مال القاتل لانه
عمد والعاقلة لا تتحمله وفي رواية لا يجب شيء لان نفسه حقه فصار كاذنه باتلاف ماله [illegible] لا
ضمان فكذا هنا اذا اكره ولي المراة على التزويج بمهر فيه غبن فاحش ثم زال الاكراه فرضيت المراة ولم
يرض الولي فللولي الفراق بينهما عند ابي حنيفة رحمه الله لان التبليغ الى مهر المثل حق الاولياء لانهم يتعيرون
بالنقصان وقالا ليس لهم ذلك لان المهر خالص حقها حتى تملك اسقاطه وهبته والله اعلم

كتاب الحجر

قال رح هو منع عن التصرف قولا لا فعلا بصغر ورق وجنون هذا في الشرع
وفي اللغة هو المنع مطلقا اي منع كان ومنه سمي الحطيم حجرا لانه منع من الكعبة وسمي العقل حجرا لانه
يمنع من القبائح ومنه قوله تعالى هل في ذلك قسم لذي حجر اي لذي عقل ثم ان الله تعالى خلق البشر وخلق
وجعلهم بكمال حكمته متفاوتين فيما يمتازون به عن الانعام وهو العقل وبه يتعبد من سعد وذلك
ان الله تبارك وتعالى ركب في البشر العقل والهوى وركب في الملائكة العقل دون الهوى وركب في البهائم
الهوى دون العقل فمن غلب من البشر عقله على هواه كان افضل خلقه لما يقاسي من مخالفة الهوى
ومكابدة النفس ومن غلب هواه على عقله كان اردى من البهائم قال الله تعالى ان هم الا كالانعام بل هم اضل
سبيلا فجعل بعضهم ذوي النهى وجعل منهم اعلام الدين وائمة الهدى ومصابيح الدجى وابتلى بعضهم
بما شاء من اسباب الردى كالجنون الموجب لعدم العقل والصغر والعته الموجبان لنقصانه فجعل
تصرفهما غير نافذ بالحجر عليهما ولولا ذلك لكان معاملتهما ضررا عليهما بان يستجر من يعاملهما
مالهما باحتياله الكامل وجعل من ينظر في مالهما خاصا وعاما واوجب عليه النظر لهما وجعل الصبي
والجنون سببا للحجر عليهما كل ذلك رحمة منه ولطفا والرق ليس بسبب للحجر في الحقيقة لانه مكلف يحتاج
كامل الراي كالحر غير انه وما في يده ملك المولى فلا يجوز له ان يتصرف لاجل حق المولى والانسان لا يمنع
عن التصرف في ملك الغير لكونه محجورا عليه كالحر لو يقال بانه محجور عليه مع انه ممنوع عن التصرف
في ملك الغير ولهذا لا يواخذ العبد باقراره بعد العتق لزوال المانع وهو حق المولى ولعدم نفوذه
في الحال وتاخره الى ما بعد الحرية جعل من المحجور عليهم ثم هذه المعاني توجب الحجر في الاقوال دون الافعال

وقيد بقوله قولا لا فعلا لان الصغير والمجنون والعبد لا يحجرون افعالا حتى لو اتلفوا شيئا لزمهم الضمان لكن اطلاق العبد مستثنى بالحديث والباقي بصغر السبب اي بسبب الصغر والرق والجنون مستخلص

لان الحجر في الحكميات دون الحسيات ونفوذ القول حكمي الا ترى انه يرد ويقبل والفعل حسي لا يمكن رده
اذا وقع فلا يتصور الحجر عنه وهو المراد بقوله هو منع عن التصرف قولا لا فعلا قال فلا يصح تصرف
صبي وعبد بلا اذن ولي وسيد لان الصبي عديم العقل ان كان غير مميز وان كان مميزا فعقله ناقص
لعدم الاعتدال وهو البلوغ فيحتمل فيه الضرر فلا يجوز الا اذا اذن له الولي فيصح حينئذ لترجح جانب
المصلحة فيه ومنع العبد لحق المولى فاذا اذن له فقد زال فيتصرف باهليته ان كان بالغا عاقلا وان
كان صغيرا فهو كالحر الصغير قال ولا تصرف المجنون المغلوب بحال يعني لا يجوز تصرفه اصلا ولو
اجازه الولي لان صحة العبارة بالتمييز وهو لا تمييز له فصار كبيع الطوطي وان كان يجن تارة ويفيق
اخرى فهو في حال افاقته كالعاقل والمعتوه كالصبي العاقل في تصرفاته وفي رفع التكليف عنه وهو ناقص
العقل وقيل هو المدهوش من غير جنون واختلفوا في تفسيره اختلافا كثيرا واحسن ما قيل فيه هو من
كان قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير الا انه لا يضرب ولا يشتم كما يفعل المجنون قال
ومن عقد منهم وهو يعقله يجيزه الولي او يفسخه اي من عقد البيع او الشراء من هؤلاء المحجورين وهو يعقل
البيع والشراء بان يعرف ان البيع سالب للملك والشراء جالب له ويعلم الغبن الفاحش من اليسير ويقصد
به تحصيل الربح والزيادة فالولي بالخيار ان شاء اجازه وان شاء رده لانه اذا كان بهذه الصفة يحتمل
ان يكون في عقده مصلحة فيجيزه الولي او المولى ان راى فيه ذلك كعقد الاجنبي وهو الفضولي فيتوقف
على اجازته فان قيل هذا في البيع مستقيم واما في الشراء فلا يستقيم لانه لا يتوقف بل ينفذ على المشتري
قلنا انما ينفذ على المشتري اذا وجد نفاذا كما في الفضولي وهنا لم يجد نفاذا لعدم الاهلية او لتضرر
المولى فيتوقف الكل قال وان اتلفوا شيئا ضمنوا لما ذكرنا انهم غير محجورين في حق الافعال اذ لا يمكن ان
يجعل القتل غير القتل والقطع غير القطع فاعتبر في حقه فيترتب عليه موجبه لتحقق السبب ووجود اهلية
الوجوب وهي الذمة لان الادمي يولد وله ذمة صالحة لوجوب الحق عليه وله الا انه لا يخاطب بالاداء الا
عند القدرة كالمعسر لا يطالب بالدين الا اذا ايسر وكالنائم لا يومر بالاداء الا اذا استيقظ من النوم قال
ولا ينفذ اقرار الصبي والمجنون لان اعتبار الاقوال بالشرع الا ترى انه يحتمل الصدق والكذب وقبل الشارع
شهادة البعض دون البعض فامكن رده نظرا لهما بخلاف الافعال على ما بينا انه فعل حسي فلا مرد له
حتى لو تعلق به حكم شرعي كالحد فلو تعينه جعله ايضا الا من حيث انه اتلاف فيجب عليه الضمان قال
وينفذ اقرار العبد في حقه لا في حق مولاه فلو اقر بمال لزمه بعد الحرية لانه اقرار على غيره وهو المولى
لما انه وما في يده ملك المولى واقرار المرء على غيره لا يقبل فاذا عتق زال المانع فيتبع به لوجود سببه عن
اهلية قال ولو اقر بحد او قود لزمه في الحال لان العبد مبقى على اصل الحرية في حقهما لانهما من خواص
الانسانية وهو انه ليس بمملوك من حيث انه ادمي وان كان مملوكا من حيث انه مال ولهذا لا يصح اقرار
المولى بهما عليه فاذا بقي على اصل الحرية فيهما ينفذ اقراره بهما لانه اقر بما هو حقه وبطلان حق
المولى ضمني فان قيل قوله عليه السلام لا يملك العبد والمكاتب شيئا الا الطلاق يقتضي ان لا يملك
الاقرار بالحدود والقصاص قلنا لما بقي على اصل الحرية في حقهما يكون اقراره كاقرار الحر اقرار العبد الا قوله تعالى
بل الانسان على نفسه بصيرة يقتضي ان يصح اقراره فيتعارضا ولا يقال انه خص منه الاقرار بالمال
لانا نقول الاقرار بالمال ليس باقرار على نفسه وانما اقرار على غيره فلم يتناوله النص على انا لا نسلم انه مخصوص
لانه مقبول ايضا في حق نفسه حتى يلزمه بعد الحرية ولا يقال ان النص محمول على انه ورد على الحر دفعا
للتناقض بينه وبين ما روينا قلنا يحمل المروي على غير هذه الصورة دفعا للتعارض قال
لا بسفه اي لا يحجر عليه بسبب سفه وهذا عند ابي حنيفة اعلم انه لا يرى الحجر على الحر البالغ العاقل

صح

لسبب

حجر السفه

بسبب السفه والدين والغفلة والفسق وان كان مبذرا مفسدا يتلف ماله فيما لا غرض له فيه ولا
مصلحة وعندهما يحجر عليه بسبب السفه والدين في تصرفات لا تصح مع الهزل كالبيع والهبة والاجارة
والصدقة ولا يحجر عليه في غيرها كالطلاق ونحوها وقال الشافعي يحجر عليه بالكل والسفه هو العمل
بخلاف موجب الشرع واتباع الهوى وترك ما يدل عليه الحجى والسفيه من عادته التبذير والاسراف
في النفقة وان يتصرف تصرفا لا لغرض او لغرض لا يعده العقلاء من اهل الديانة غرضا مثل دفع المال
الى المغني واللعاب وشراء الحمام الطيارة بثمن غال والغبن في التجارات من غير محمدة واصل المسامحات
في التصرفات والبر والاحسان مشروع والاسراف حرام كالاسراف في الطعام والشراب قال الله تعالى والذين
اذا انفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا وكان بين ذلك قواما وقوله تعالى ولا تؤتوا السفهاء اموالكم التي جعل الله
لكم قياما وارزقوهم فيها واكسوهم فهذا نص على اثبات الحجر عليه بطريق النظر فان الولي هو الذي يباشر
التصرف في ماله على وجه النظر له وقوله تعالى فان كان الذي عليه الحق سفيها او ضعيفا او لا يستطيع ان
يمل هو فليملل وليه بالعدل وهذا نص على ان اثبات الولاية على السفيه وانه مولى عليه فلا يكون ذلك
الا بعد الحجر عليه وروي ان عبد الله بن جعفر كان يفني ماله في الجهاد والضيافات حتى اشترى دارا للضيافة
بمائة الف فبلغ ذلك علي بن ابي طالب فقال لآتين عثمان ولأسألنه ان يحجر عليه فاهتم بذلك عبد الله وجاء
الى الزبير فاخبره بذلك فقال انا شريكك فيها فاشركه ثم جاء علي الى عثمان رضي الله عنهم فسأله ان يحجر عليه فقال
كيف احجر على رجل شريكه الزبير وانما قال ذلك لان الزبير كان موصوفا بالكياسة في التجارة فاستدل
برغبته انه لا غبن في تصرفه وهذا اتفاق منهم على جواز الحجر بهذا السبب وان عائشة رضي الله عنها
كانت تتصدق بمالها حتى روي انه كان لها رباع فهمت ببيع رباعها للتصدق بالثمن فبلغ ذلك عبد الله
بن الزبير فقال لانتهين عائشة عن بيع رباعها او لاحجرن عليها ولان النظر واجب حقا لاسلامه وليس
من النظر ان يمكن من التصرف لا على وجه يقتضيه العقل والحكمة فيحجر عليه نظرا له وهو من جملة التعاون
على البر فصار كالصبي بل اولى لان الصبي انما حجر عليه لتوهم التبذير وهذا قد تحقق منه ولهذا منع ماله
في الابتداء بطريق النظر له ومنع المال من غير حجر عليه لا يفيد لان ما منع من يده يتلفه بلسانه فيحجر عليه
نظرا له ولابي حنيفة ما روى ابن عمر انه عليه السلام ذكر له رجل يخدع في البيع فقال من بايعت فقل لا خلابة
رواه البخاري ومسلم وفي رواية غيرهما قيل له احجر عليه ولانه عاقل كامل العقل الا ترى انه مكلف فلا يحجر
عليه كالرشيد بخلاف المعتوه والصبي فانهما ناقصا العقل ولهذا لم يكلفا فلا يمكن القياس عليهما
ولو كان يحجر عليه نظرا له لكان رفع التكاليف انظر له بحيث كلفه الشارع يعلم انه لم ينظر له وكيف ينظر له
وهو كامل العقل والتقصير من جهته بسوء اختياره وقلة تدبيره مكابرا لعقله ومتابعا لهواه ولان
في الحجر الحاقه بالبهائم واهدار ادميته وهو اشد ضررا من التبذير ولا يتحمل الاعلى لدفع الادنى حتى
لو كان في الحجر دفع ضرر عام يحجر عليه عنده وذلك كالحجر على المتطبب الجاهل بان يسقيهم دواء مهلكا واذا
قوي عليهم الداء لا يقدر على ازالة ضرره وكالحجر على المفتي الماجن وهو الذي يعلم العوام الحيل الباطلة
كتعليم الارتداد لتبين المراة من زوجها او ليسقط عنها الزكاة ولا يبالي بما يفعل من تحليل الحرام او تحريم
الحلال او كالحجر على المكاري المفلس وهو الذي يتقبل الكراء ويوجر الجمال وليس له جمال ولا ظهر يحمل عليها
ولا له مال يشتري به الدواب والناس يعتمدون عليه ويدفعون الكراء اليه ويصرف هو ما اخذه منهم
في حاجته فاذا جاء اوان الخروج يختفي فتذهب اموال الناس وتفوت حاجاتهم من الغزو وغيره فالحجر لاجل
دفع الضرر العام واجب وان كان فيه الحاق الضرر بالخاص ولا يصح القياس على منع المال لعدم الاستواء
لان الحجر ابلغ في العقوبة من منع المال ومنع المال مفيد لان اكثر ما يتلف بتصرفاته بان لا يهتدي اليها

صح

يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام

لسلامة قلبه فيغبن في البياعات فيغير او بالهبات والصدقات او بان يجمع اصحابه من اهل الفسق والشر ويطعمهم ويسقيهم ويسرف في الانفاق عليهم فاذا لم يسلم اليه ماله لا يتمكن من ذلك والمذكور في قوله تعالى ولا تؤتوا السفهاء اموالكم اموالنا لا اموال السفهاء والمراد بالاية ان نطعمهم ونكسوهم من اموالنا ولا نسلمه اليهم والمراد بالسفهاء الذرية من النساء والولدان لان النساء والصبيان اذا سلم اليهم المال ضيعوه هكذا قال ابن عباس وظاهر الاية يشهد لذلك حيث اضيف المال الينا لا الى السفهاء ولئن كان المراد اموالهم فيجوز ان يكون المراد بالسفهاء الصغار والمجانين فلا يلزم حجة مع الاحتمال وقوله تعالى ولا تأكلوها اسرافا وبدارا ان يكبروا يدل على ان المراد بالاية الصغار لان معنى الاية والله اعلم لا تاكلوا اموالهم تبادرون كبرهم مخافة ان يكبروا فلا يكون لكم ولاية عليهم ولاية بعد الكبر وهو البلوغ فتنزع الاموال من ايديهم بالكبر وهذا يشهد لمذهب ابي حنيفة رحمه الله لانه يدل على زوال ولاية الولي بالكبر وكذا قوله تعالى فان كان الذي عليه الحق سفيها او ضعيفا الاية يحتمل ان يكون المراد بها الصبيان والمجانين لان السفيه هو الخفيف لغة وذلك بنقصان العقل كالصبي او بعدمه كالمجنون والصغير الذي ليس بمميز او نقول الاية تقتضي ان ينفذ تصرف السفيه فان الذي عليه الدين هو الذي لزمه بمداينة لنفسه لقوله تعالى يا ايها الذين امنوا اذا تداينتم بدين الى اجل مسمى ثم قال وليملل الذي عليه الحق يعني الحق الذي لزمه بتلك المداينة ثم قال فان كان الذي عليه الحق سفيها اي الحق الذي لزمه بتداينه والله اعلم فليملل وليه فهذا ظاهر على ان الدين لزمه بمعاملته ثم قد يعجز عن الاملال لعدم هدايته الى الحساب او لقلة ممارسته بالاملال لانه يحتاج فيه الى فصاحة وتاليف كلام فيحتاج ان يمل عنه غيره باخباره وهو واقراره على نفسه واكثر الناس على هذا اليوم فان الذي عليه الحق لا يولف كلاما عليه وانما يعلم ما عليه ثم يولفه غيره من الكتاب وحديث عبد الله بن جعفر دليل لنا لان عثمان رضي الله عنه امتنع من الحجر عليه مع سؤال علي رضي الله عنه وكلام علي كان على سبيل التخويف له وحديث عائشة رضي الله عنها دليل لنا ايضا لانها لما بلغها قول ابن الزبير حلفت ان لا تكلم ابن الزبير ابدا فلو كان الحجر حكما شرعيا لما استجازت هذا الحلف من نفسها مجازاة على قوله فيما هو حكم شرعي وبهذا تبين ان ابن الزبير قال ذلك كراهة ان تفني ما لها فتبتلى بالفقر فتصير عيالا على غيرها والمصير الى هذا اولى ليكون ابعد من نسبة السفه والتبذير الى الصحابة رضي الله عنهم لا سيما مثل عائشة وهي اكرم اهل البيت المطهرين من الرجس رضي الله عنهم اجمعين وكيف يظن بهم التبذير والمبذرون اخوان الشياطين وما القائل لذلك الا مكابر لنفسه وجاحد للنصوص وانما كان على سبيل الشفقة والنصح خوفا عليهم على ما ذكرنا وكان ذلك من عادتهم الا ترى الى ما روينا من حديث ابن عمر انه قال ذكر لرسول الله صلى الله عليه وسلم انه يخدع في البيع فقال من بايعت فقل لا خلابة ولو كان الحجر مشروعا واجبا او جائزا لحجر عليه وفيما روى انس رضي الله عنه فاتى اهله النبي صلى الله عليه وسلم فقالوا يا رسول الله احجر على فلان فانه يبتاع وفي عقدته ضعف فدعاه فنهاه عن البيع فقال يا نبي الله اني لا اصبر على البيع فقال ان كنت غير تارك البيع فقل هاء وهاء ولا خلابة رواه ابو داود واحمد وابن ماجة والدارقطني وصححه الترمذي وهذا صريح بان الحجر غير مشروع وان نهيه عليه السلام كان على سبيل الشفقة عليه اذ لو كان عزيمة لما وسعه ان يقول لا اصبر عن البيع ولا كان بياعاته تلزم وعن ابن عمر رضي الله عنهما ان منقذا صفع في رأسه في الجاهلية مأمومة فخبلت لسانه فكان اذا بايع يخدع في البيع فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم بايع وقل لا خلابة ثم انت بالخيار ثلاثا قال ابن عمر فسمعته يبايع ويقول لا خلابة لا خذابة رواه الحميدي في مسنده فقال حدثنا سفيان عن محمد بن اسحاق عن نافع عن ابن عمر فذكره وعن محمد بن يحيى بن حبان قال هو جدي منقذ بن عمرو وكان رجلا قد اصابته امة في رأسه فكسرت

لسانه فكان لا يدع على ذلك التجارة وكان لا يزال يغبن فاتى النبي صلى الله عليه وسلم فذكر ذلك له فقال اذا انت بايعت فقل لا خلابة ثم انت في كل سلعة ابتعتها بالخيار ثلاث ليال ان رضيت فامسك وان سخطت فارددها على صاحبها رواه البخاري في تاريخه وابن ماجة والدارقطني هكذا ذكر في المنتقى ثم لو حجر القاضي عليه ورفع ذلك الى قاض اخر فرفع حجره واطلق عنه جاز اطلاقه لان الحجر من الاول فتوى وليس بقضاء لان القضاء لقطع الخصومة بين المتخاصمين بالقضاء لاحدهما على الاخر ولم يوجد وقال صاحب الهداية ولو كان قضاء فنفس القضاء مختلف فيه فلا بد من الامضاء يعني حتى يلزم لان الاختلاف اذا وقع في نفس القضاء لا يلزم ولا يصير مجمعا عليه وانما يصير مجمعا عليه ان لو كان الاختلاف موجودا قبل القضاء فيتاكد احد القولين بالقضاء فلا ينقض بعد ذلك واما اذا كان الاختلاف في نفس القضاء فبالقضاء يحصل الاختلاف فلا بد من قضاء اخر ليصير مجمعا عليه بقضاء ثم بعد وجود الاختلاف وهذا فيه ولكن فيه اشكال هنا لان الاختلاف فيه موجود قبل القضاء فان محمدا رحمه الله يرى يحجره بنفس السفه ولا تنفذ تصرفاته اصلا فيصير القضاء به على هذا التقدير قضاء بقول محمد فيتاكد قوله بالقضاء بخلاف القضاء على الغائب فان الاختلاف فيه في نفس القضاء هل ينفذ ام لا فعندنا لا ينفذ وعند الشافعي ينفذ فيحصل الاختلاف بالقضاء فلا يرتفع حتى يحكم بجواز هذا القضاء قال رحمه الله فان بلغ غير رشيد لم يدفع اليه ماله حتى يبلغ خمسا وعشرين سنة وينفذ تصرفه قبله ويدفع اليه ماله ان بلغ المدة مفسدا اي اذا بلغ خمسا وعشرين سنة دفع اليه ماله وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما لا يدفع اليه ماله ابدا حتى يونس منه الرشد ولا يجوز تصرفه فيه ابدا لقوله تعالى فان انستم منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم ولقوله تعالى ولا تؤتوا السفهاء اموالكم نهانا عن الدفع اليه ما دام سفيها وامرنا بالدفع ان وجد منه الرشد ولا يجوز الدفع اليه قبل وجوده ولان منع ماله لعلة السفه فيبقى المنع ما بقيت العلة لان الحكم يدور معها ولابي حنيفة قوله تعالى واتوا اليتامى اموالهم والمراد به بعد البلوغ سمي يتيما لقربه منه ولان اول احوال البلوغ قد لا يفارقه السفه باعتبار اثر الصبا فقدرناه بخمس وعشرين سنة لانه حال كمال اللب وقد روي عن عمر رضي الله عنه انه قال ينتهي لب الرجل اذا بلغ خمسا وعشرين سنة وقال اهل الطبائع من بلغ خمسا وعشرين سنة فقد بلغ رشده الا ترى انه قد بلغ سنا يتصور ان يصير جدا لان ادنى مدة يبلغ فيه الغلام اثنا عشر سنة فيولد له ولد لستة اشهر ثم يبلغ الولد اثني عشر سنة فيولد له ولد لستة اشهر فقد صار بذلك جدا حتى لو بلغ رشيدا ثم صار سفيها لم يمنع منه ماله لان هذا ليس باثر الصبا فلا يعتبر في منع المال ولان منع المال عنه على سبيل التاديب عقوبة عليه والاشتغال بالتاديب عند رجاء التاديب فاذا بلغ هذا السن فقد انقطع رجاء التاديب فلا معنى لمنع المال بعده والمراد على ما تليا من الاية الاولى منع اموالنا لا اموالهم على ما بينا من قبل والاية الثانية فيها تعليق بالشرط والتعليق بالشرط لا يوجب العدم عند عدم الشرط على اصلنا على ما عرف في موضعه ثم لا يتاتى التفريع على قول ابي حنيفة رحمه الله وانما يتاتى على قول من يرى الحجر فعندهما اذا باع لا ينفذ بيعه لان فائدة الحجر عدم النفوذ وان كان فيه مصلحة اجازه الحاكم لان تصرفه موقوف لاحتمال ان يكون فيه مصلحة فاذا راى الحاكم فيه مصلحة اجازه والا رده كتصرف الصبي والمعتوه بل اولى لانه مكلف عاقل فينفذ تصرفه فيما يضره كالاعتاق والطلاق ولو باع قبل حجر القاضي عليه جاز عند ابي يوسف رحمه الله لان السفه ليس بشيء محسوس وانما يستدل عليه بالغبن في تصرفاته وذلك محتمل لانه يجوز ان يكون للسفه ويجوز ان يكون حيلة منه لاستجلاب قلوب المجاهرين فاذا تردد لم يثبت حكمه الا بقضاء القاضي بخلاف الجنون والصغر والعته ولان الحجر بالسفه مختلف فيه بين العلماء فلا يثبت حكمه الا بالقضاء بمنزلة الحجر بسبب الدين ولان الحجر عليه لنفسه متردد بين

اذا بلغ خمسا وعشرين سنة صار جدا

الضرر والنفع لان اهدار اهليته ضرر عليه وابقاء ملكه نظر له فلا بد من القضاء ليترجح احد الجانبين على
الاخر وعند محمد لا يحجر لانه علة الحجر السفه وقد تحقق في الحال فيترتب عليه موجبه بغير قضاء كالصبا
والجنون والجامع ان الحجر لمعنى في نفسه والقضاء يكون عند الخصومة ولا خصومة لاحد هنا بخلاف الحجر
بسبب الدين لانه لحق الغير حتى لا يتوى مال الغرماء وهم اولياء لهم عليه حتى يمنعوه والقاضي عليه ولاية
فيتوقف على قضائه لتوقفه على طلبهم الا ترى انهم لو لم يطلبوا ذلك او ابرؤه او اوفاهم حقهم لا يحجر عليه
وعلى هذا الخلاف اذا بلغ رشيدا ثم صار سفيها وان اعتق عبدا عتق عندهما وقال الشافعي لا يعتق وهذا
بناء على الاختلاف في كيفية حجره وعندهما هو كالهازل فان الهازل يخرج كلامه على غير نهج العقلاء لقصد
اللعب دون ما وضع الكلام له لا لنقصان في عقله فكذا السفيه يخرج كلامه في التصرفات على غير نهج كلام
العقلاء لاتباع الهوى ومكابرة العقل لا لنقصان في عقله فكل كلام لا يؤثر فيه الهزل لا يؤثر فيه السفه
وكل تصرف يؤثر فيه الهزل وهو فيما يحتمل الفسخ يؤثر فيه السفه والعتق لا يؤثر فيه الهزل فينفذ من
السفيه وعند الشافعي الحجر بسبب السفه بمنزلة الحجر بالرق حتى لا ينفذ بعد الحجر شيء من تصرفاته سوى
الطلاق كالعبد واذا نفذ عندهما فعلى العبد ان يسعى في قيمته عند محمد رحمه الله وهو قول ابي يوسف الاول لان
الحجر على السفيه كالحجر على المريض فانه لاجل النظر لغرمائه وورثته ثم هناك اذا اعتق عبدا وجب عليه
السعاية لغرمائه او لورثته في ثلثي قيمته ان لم يكن عليه دين ولا مال له غيره لان الرد واجب
لمعنى النظر وتعذر رد عينه فيجب نقضه معنى بايجاب السعاية فكذا هنا وفي قول ابي يوسف الاخير وهو
رواية عن محمد ليس عليه سعاية لانه لو سعى لسعى لمعتقه والمعتق لا يلزمه السعاية لحق معتقه بحال
وانما يلزمه السعاية لاجل غيره ولو دبر عبده جاز تدبيره لان التدبير يوجب حق العتق للمدبر فيعتبر
بحقيقة العتق الا انه في التدبير لا تجب عليه السعاية ما دام المولى حيا لانه بعد صحة التدبير مملوك
للمولى فيستخدمه ولا يمكن ايجاب نقصان التدبير عليه لانه باق على ملكه والمولى لا يستوجب على
عبده دينا فتعذر ايجاب النقصان عليه الا ترى انه لو دبر عبده بمال وقبل العبد صح التدبير ولم يجب
عليه المال فان مات المولى ولم يؤنس منه الرشد سعى في قيمته مدبرا لان بموت المولى عتق ولانه عتقه
في حياته فعليه السعاية في قيمته مدبرا لان العتق دفاه مدبرا كما لو اعتقه بعد التدبير وان جاءت
جاريته بولد فادعاه ثبت نسبه منه وكان الولد حرا والامة ام ولد له لانه في الحاقه بالمصلح في حق
الاستيلاد توفير النظر لاحتياجه الى ذلك لابقاء نسله وصيانة مائه ويلتحق في هذا الحكم بالمريض
المديون اذا ادعى نسب ولد امته كان هو في ذلك كالصحيح حتى انها تعتق من جميع ماله بموته ولا تسعى
هي ولا ولدها في شيء لان حاجته مقدمة على حق غرمائه بخلاف ما لو اعتقها من غير ان يدعي الولد
ولو لم يكن معها ولد فقال هذه ام ولدي كانت بمنزلة ام الولد لا يقدر على بيعها فان مات سعت في كل
قيمتها بمنزلة المريض اذا قال لامته وليس معها ولد هذه ام ولدي وهذا لانه اذا كان معها ولد فثبوت
نسب الولد بمنزلة الشاهد لها في ابطال حق الغير وكذا في رفع حكم الحجر في تصرفه بخلاف ما اذا لم يكن معها
ولد لانه لا شاهد لها فاقراره لها بحق العتق بمنزلة الاقرار لها بحقيقة العتق ولا يقدر على بيعها بعد
ذلك وتسعى في قيمتها بعد موته كما لو اعتقها في حال حياته وان تزوج امراة جاز نكاحها لانه لا يؤثر
فيه الهزل فلا يؤثر فيه السفه فان سمى لها مهرا جاز منه مقدار مهر مثلها وبطل الفضل لان التزوج
من حوائجه الاصلية ومن ضرورة صحة النكاح وجوب المهر فيلزم منه قدر مهر المثل لانه من ضرورات
صحته وما زاد عليه يلزمه بالتسمية وليس هو من اهل التزام المال وان طلقها قبل الدخول وجب لها
نصف المسمى لان التسمية صحيحة في مقدار مهر المثل وكذا لو تزوج اربع نسوة او تزوج كل يوم واحدة

اذا دبر عبده على مال لا يلزم المال العبد

فطلقها

فطلقها ويخرج الزكاة من مال السفيه وينفق عليه وعلى ولده وزوجته ومن تجب عليه نفقته من
ذوي ارحامه من ماله لان احياء ولده وزوجته من حوائجه الاصلية والانفاق على ذوي الرحم المحرم
واجب عليه حقا لقرابته والسفه لا يبطل حقوق الناس ولا حقوق الله تعالى الا ان القاضي يدفع اليه
قدر الزكاة ليفرقها بنفسه على الفقراء لان الواجب عليه الايتاء وهو عبارة عن فعل يفعله عبادة ولا
يحصل ذلك الا بنيته ويدفع القاضي معه امينا كيلا يصرفها الى غير المصرف ويسلم القاضي النفقة
الى امينه ليصرفها الى مستحقه لانه لا يحتاج فيها الى النية فاكتفي فيها بفعل الامين ولو حلف او حنث
او نذر من هدي او صدقة او ظاهر من امراته لا يلزمه المال ويكفر يمينه وغيرها بالصوم لانه
مما يجب بفعله ولو فتح له هذا الباب لبذر امواله بهذا الطريق بخلاف ما يجب ابتداء بغير فعله
وان اراد حجة الاسلام لم يمنع منها لانها واجبة بايجاب الله تعالى ابتداء وليس له فيها صنع وفي الفرائض
هو ملحق بالمصلح اذ لا تهمة فيه ولا يسلم القاضي النفقة اليه بل يسلمها الى ثقة من الحجاج ينفقها عليه
في الطريق بالمعروف كيلا يبذرها ولا يسرف ولو اراد عمرة واحدة لم يمنع منها استحسانا والقياس ان يمنع
لانها تطوع فصار كالحج تطوعا وجه الاستحسان انها واجبة عند بعض العلماء فيمكن منها احتياطا بخلاف
ما اذا زاد على حجة واحدة ولا يمنع من القران لانه اذا لم يمنع من انشاء السفر لكل واحد منهما على الانفراد
فلان لا يمنع من الجمع بينهما في سفر واحد والمؤنة تقل فيه اولى واحرى ولا يمنع من ان يسوق بدنة تحرزا
عن موضع الخلاف فان ابن عمر رضي الله عنهما لا يجوز الا البدنة وان جنى في احرامه ينظر ان كان جناية
يجزئ فيها الصوم كقتل الصيد والحلق عن اذى ونحو ذلك لا يمكن من التكفير بالمال بل يكفر بالصوم وان
كان جناية لا يجزئ فيه الصوم كالحلق من غير ضرورة والتطيب وترك الواجبات فانه يلزمه الدم ولكن
لا يمكن من التكفير في الحال بل يؤخر الى ان يصير مصلحا بمنزلة الفقير الذي لا يجد مالا او العبد المأذون له
في الاحرام وكذا لو جامع امراته بعد الوقوف بعرفة يلزمه بدنة ثم يتأخر الى ان يصير مصلحا وان اوصى بوصايا
في القرب وابواب الخير جاز ذلك من ثلث ماله ان كان له وارث وهذا استحسان والقياس ان لا تجوز وصيته
كما في تبرعاته حال حياته وجه الاستحسان ان الحجر عليه لمعنى النظر له كيلا يتلف ماله ويبقى كلا على غيره وذلك
في حياته فيما يتلف جميع ماله لا فيما ينفذ من الثلث بعد وفاته حال استغنائه عن ماله وفيها ما فيها
من الثواب الجزيل والذكر بعد وفاته بالجميل هذا اذا كانت الوصية منه موافقة لوصايا اهل الخير
والصلاح نحو الوصية بالحج او للمساكين او لشيء من انواع البر التي يتقرب بها الى الله تعالى ويستحسنه المسلمون
كالوصية ببناء المساجد والاوقاف والقناطر والجسور واما اذا اوصى بوصايا يستقبحه المسلمون فلا ينفذ
قال محمد رحمه الله المحجور بمنزلة الصبي الا في اربعة احدها ان تصرف الوصي في مال الصبي جائز وفي مال المحجور
عليه باطل والثاني ان اعتاق المحجور وتدبيره وطلاقه ونكاحه جائز ومن الصبي باطل والثالث المحجور
عليه اذا اوصى بوصية جازت وصيته من ثلث ماله ومن الصبي لا تجوز والرابع جارية المحجور عليه اذا جاءت
بولد فادعاه ثبت نسبه منه ومن الصبي لا يثبت قال رحمه الله وفسق اي لا يحجر عليه بسبب فسق وهو معطوف
على قوله لا سفه وقال الشافعي رحمه الله يحجر عليه بسبب الفسق زجرا له وعقوبة عليه كالسفيه عنده فانه
يحجر عليه زجرا له وعقوبة على اسرافه والفاسق اولى بذلك ولهذا لم يجعله اهلا للولاية والشهادة
وعندهما يحجر السفيه للنظر له صيانة لماله والفاسق مصلح لماله فقد خالف قوله تعالى فان آنستم منهم رشدا
فادفعوا اليهم اموالهم لان رشدا نكرة في سياق الشرط فتعم فيتناوله الآية ولان الرشد المذكور في
الآية الاصلاح في المال دون الاصلاح في الدين والاعتقاد الا ترى ان الكافر لا يحجر عليه واي فسق اعظم منه
ولو كان الفسق موجبا للحجر لحجر النبي صلى الله عليه وسلم والخلفاء بعده على الكفار اذ هو اعظم وجوه الفسق

الزكاة في مال السفيه

المحجور بمنزلة الصبي في اربعة مسائل

ولا يخفى على احد فساد هذا القول قال وغفلة اى لا يحجر على العاقل بسبب غفلته وهو ليس بمفسد
ولا يقصده لكن لا يهتدى الى التصرفات الرابحة فيغبن فى البياعات لسلامة قلبه وهذا عند ابى حنيفة
وعند ابى يوسف ومحمد والشافعى يحجر عليه كالسفيه صيانة لماله ونظرا له الا ترى ان اهل منقذ طلبوا من النبى
صلى الله عليه وسلم ان يحجر عليه فامرهم عليه السلام ولم ينكر عليهم ولو لم يكن الحجر مشروعا لانكر عليهم قلنا الحديث
دليل لنا لانه عليه السلام لم يجبهم الى ذلك وانما قال له لا خلابة الحديث ولو كان الحجر مشروعا لاجابهم اليه ولم
لم ينكر عليهم قلنا النفى لا يحاط بالعلم ولعله انكر عليهم الا انه لم ينقل الينا وعدم النقل لا يدل على
عدم الوقوع فكم من وقعات لم تنقل الينا بل الظاهر انه انكر عليهم وما نقل الينا من عدم اجابته ومخالفته
لهم بالفعل دليل عليه قال ودين وان طلب غرماؤه اى لا يحجر عليه بسبب دين ولو طلب غرماؤه
الحجر عليه وهذا عند ابى حنيفة رحمه الله لان فى الحجر اهدار اهليته والحاقه بالبهائم وذلك ضرر عظيم فلا يجوز
الحاقه به لدفع ضرر خاص ولا يتصرف الحاكم فى ماله لانه لا يحجر عليه ولان البيع لا يجوز الا بالتراضى بالنص
فيكون باطلا قال وحبس ليبيع ماله فى دينه لان قضاء الدين واجب عليه والمماطلة ظلم فيحبسه
الحاكم دفعا للظلم وايضا لايصال الحق الى مستحقه ولا يكون ذلك اكراها على البيع لان المقصود من الحبس
الحمل على قضاء الدين باى طريق شاء ان شاء ببيع ماله وان شاء بسبب اخر فلا يكون ذلك اكراها على
البيع عينا وقالا اذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه حجر عليه القاضى وباع ماله ان امتنع من بيعه وقسم
ثمنه بين غرمائه بالحصص ومنعه من تصرف يضر بالغرماء كالاقرار وبيعه باقل من قيمته لما روى ان معاذا
ركبه دين فباع رسول الله صلى الله عليه وسلم ماله وقسم ثمنه بين غرمائه بالحصص ولان فى الحجر عليه نظرا
للغرماء كيلا يلحق بهم الضرر بالاقرار والتلجئة وهو ان يبيعه من انسان عظيم لا يمكن الانتزاع منه
او بالاقرار له ثم ينتفع من جهته على ما كان ولان البيع واجب عليه لايفاء دينه حتى يحبس عليه فاذا
امتنع ناب القاضى منابه كما فى الجب والعنة والاباء عن الاسلام قلنا التلجئة موهومة والواجب عليه
قضاء الدين والبيع ليس بطريق معين لذلك بخلاف الجب والعنة والاباء لان الواجب عليه الامساك
بالمعروف او التسريح بالاحسان فاذا امتنع الامساك بالمعروف تعين الاخر والبيع غير متعين لقضاء الدين
فلا ينوب القاضى فيه منابه كالمديون اذا كان معسرا فان القاضى لا يوجره ليقضى من اجرته الدين او كانت
امراة لا يزوجها ليقضى دينها من مهرها والحبس ليقضى الدين من اى طريق شاء من استقراض واتهاب وسؤال
صدقة او بيع ماله بنفسه لا ليبيع فقط ولان بيع ماله لو جاز للقاضى لما جاز له حبسه لان فيه اضرارا
بهما بتعذيب المدين وتاخير حق الطالب فلا فائدة فيكون ظلما وبيع النبى صلى الله عليه وسلم مال معاذ
كان باذنه استعانا بالنبى صلى الله عليه وسلم والدليل عليه ان بيع ماله لا يجوز حتى يامره ويابى ولا يظن
بمعاذ انه خالف امر النبى صلى الله عليه وسلم حاشاه ولان من شرط جواز البيع التراضى لقوله تعالى لا تاكلوا اموالكم
بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم ولم يوجد الرضى فكان فعل الحاكم باطلا وقال عليه السلام لا يحل
مال امرئ مسلم الا بطيبة نفس منه ونفسه لا تطيب بفعل القاضى بغير رضاه فصار كالاجارة والتزويج
على ما ذكرنا قال ولو كان ماله ودينه دراهم قضى بلا امره وكذا اذا كانا كلاهما دنانير لان للدائن ان
ياخذه بيده اذا ظفر بجنس حقه بغير رضى المدين فكان للقاضى ان يعينه قال ولو دينه دراهم
وله دنانير او بالعكس بيع فى دينه وهذا بالاجماع اما عندهما فظاهر واما عند ابى حنيفة فاستحسان
والقياس ان لا يجوز للقاضى بيعه لما ذكرنا ان هذا الطريق غير متعين لقضاء الدين فصار كالعروض
وجه الاستحسان انهما متحدان جنسا فى الثمنية والمالية ولهذا يضم احدهما الى الاخر فى الزكاة مختلفان
فى الصورة حقيقة وحكما اما حقيقة فظاهر واما حكما فلانه لا يجرى بينهما ربوا الفضل لاختلافهما

التلجئة

فبالنظر الى الاتحاد يثبت للقاضى ولاية التصرف وبالنظر الى الاختلاف يسلب عن الدائن ولاية الاخذ عملا
بالشبهين بخلاف العروض لان الاغراض تتعلق بصورها واعيانها وابى القاضى الحاق الضرر ببعضهم
بمنع عرضه فى ملكه واما النقود فوسائل لان المقصود فيها المالية دون العين فافترقا قال
ولم يبع عرضه وعقاره اى لا يبيع القاضى عرض المدين وعقاره وهذا عند ابى حنيفة رحمه الله وعندهما
يبيع وقد بيناه ثم عندهما يبدا القاضى ببيع النقود لانها معدة للتقلب ولا ينتفع بعينها فيكون
بيعها اهون على المدين فان فضل شيء من الدين باع العروض لانها قد تعد للتقلب والاسترباح فلا
يلحقه كثير ضرر فى بيعها فان لم يف ثمنها بالدين باع العقار لان العقار يعد للاقتناء فيلحقه ضرر
ببيعه فلا يبيعه الا عند الضرورة وهو نظير صرف الدين الى اموال الزكاة فانه يصرف اولا الى النقدين
ثم الى العروض ثم الى الاهون فالاهون قضاء وهذا الذى ذكره هو احدى الروايتين عنهما وقال بعضهم
يبدا القاضى ببيع ما يخشى عليه التوى من عروضه ثم ما لا يخشى عليه التلف منه ثم يبيع العقار
فالحاصل ان القاضى نصب ناظرا فينبغى ان ينظر للمدين فيبيع ما كان انظر له ويبيع ما يخشى التلف عليه
ويترك عليه دست من ثياب بدنه ويباع الباقى لان به كفاية وقيل يترك له دستان لانه اذا
غسل ثيابه لا بد له من ملبس وقالوا اذا كان للمدين ثياب يلبسها ويكتفى بدون ذلك فانه يبيع ثيابه
فيقضى الدين ببعض ثمنها ويشترى بما بقى ثوبا يلبسه لان قضاء الدين فرض عليه فكان اولى من التجمل
وعلى هذا اذا كان له مسكن وعلمه ان يجتزئ بما دون ذلك يبيع ذلك المسكن ويقضى ببعض ثمنه الدين
ويشترى بالباقى مسكنا يكفيه وعن هذا قال مشايخنا رحمهم الله يبيع ما لا يحتاج فى الحال حتى يبيع اللبد فى
الصيف والنطع فى الشتاء قال ان اقر فى حالة الحجر بعد الزمه ذلك بعد قضاء الديون لانه تعلق بهذا المال
حق الاولين فلا يتمكن من ابطال حقهم بالاقرار لغيرهم بخلاف ما اذا استهلك مالا لغيرهم حيث يزاحمهم
صاحب المال المستهلك لانه فعل حسى والحجر لا يلحق الافعال الحسية وهو مشاهد فلا يردهم لانتفاء التهمة
بخلاف الاقرار لان اعتباره شرعى فامكن الحجر فيه ولانه غير مشاهد فيحتمل ان يكون كاذبا فيرد اقراره للتهمة
حتى لو كان سبب وجوب الدين ثابتا عند القاضى بعلمه او بشهادة الشهود شارك الغرماء ولو استفاد مالا
اخر بعد الحجر نفذ اقراره فيه لان الحجر ثبت لصيانة محل قضاء حق الغرماء وحقهم تعلق بالمال القائم
فى يده وقت الحجر لا بالمستفاد بعده وينفق على المدين المحجور وعلى زوجته وعلى اولاده الصغار وذوى
ارحامه من ماله لان حاجته الاصلية مقدمة على حق الغرماء قال وفلس اى لا يحجر عليه بسبب الافلاس
بل يحبس حتى يظهر للقاضى انه لا مال له فاذا ظهر له ذلك اخرجه من الحبس وقد ذكرنا الحبس وما يحبس
فيه من الديون وكيفية الحبس وقدره ومدته فى كتاب القضاء اذا اخرجه من الحبس لا يحول
بينه وبين غرمائه بعد الاخراج بل يلازمونه عند ابى حنيفة رحمه الله لقوله عليه السلام لصاحب الحق اليد
واللسان اراد باليد الملازمة وباللسان التقاضى ويأخذون فضل كسبه ويقسم بينهم بالحصص لاستواء
حقوقهم فى القوة ولو قدم البعض على البعض فى القضاء جاز لانه تصرف فى خالص ملكه ولم يتعلق لاحد
حق فى ماله وانما حقه فى ذمته فله ان يؤثر من شاء من غرمائه ذكره فى النهاية وعزاه الى الذخيرة
وذلك الى فتاوى النسفى ولا يمنعونه من التصرف والسفر حالة الملازمة ولا يجلسونه فى مكان لانه حبس
بل يدورون معه حيث دار لانه بذلك يتمكن من قضاء الدين والحبس غير مستحق عليه بعد اخراجه منه
ولو دخل داره لحاجته قال فى الهداية لا يتبعه بل يجلس على باب داره الى ان يخرج لان الانسان لا بد
ان يكون له موضع خلوة وقال فى الزيادات اذا لم ياذن له فى الدخول يجلسه على باب الدار ويمنعه
من الدخول كيلا يختفى او يهرب من جانب اخر فيفوت ما هو المقصود من الملازمة وقال فى النهاية ليس

لصاحب الحق ان يمنع الملزوم ان يدخل في بيته لغايط او غدا الا اذا اعطى له الغدا او عدله موضعا
اخر لوجا الغايط فحينئذ له ان يمنعه من ذلك حتى لا يهرب وفيه اذا كان عمل الملزوم مستقى الماء ونحوه
ليس لصاحب الحق ان يمنعه من ذلك ولكن له ان يلازمه او يلزمه نايبه او اجيره او غلامه الا اذا كفاه
نفقته ونفقة عياله او اعطاه فحينئذ كان له ان يمنعه من ذلك لانه لا ضرر على الملزوم في هذه الصورة
وقال ابو يوسف ومحمد اذا فلسه الحاكم حال بينه وبين غرمائه الا ان يقيموا البينة ان له مالا لقوله تعالى وان
كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة وقد ثبتت عسرته فيستحق انظاره قلنا دينه ثابت في ذمته وذلك يجوز متابعته
والاية توجب الانظار الى الميسرة ونحن نقول به لانه لا يطالبه بشي من حقه حتى يثبت انه قد حصل له
مال وانما يلازمه لياخذ ما يحصل له من المال لان المال غاد ورايح فيمكن ان يحصل له في كل ساعة وفي كل لحظة
والملازمة لا تنافي النظرة الى الميسرة ولان وقوف الشهود على عدم المال لا يتحقق حقيقة اذ العدم لا يحاط
بالعلم وانما ثبت بالاستدلال على ظاهر حاله فيمكن ان يكون له مال قد اخفاه عن الغرما لان كثيرا من الناس
يتزيون بزي الفقرا وهم اغنيا فيلازمونه لاحتمال ان يظهر لهم ماله وقوله الا ان يقيموا البينة ان له مالا
اشارة الى ان بينة اليسار تترجح على بينة الاعسار لانها اكثر اثباتا لانها تشهد بالوجود والاخرى بالنفي
فالبينة المثبتة اولى من النافية وكان ينبغي ان لا تقبل النافية اصلا لما ذكرنا لكن قبلت استحسانا بعد
الحبس لا قبله لانها توجب بالانضمام الى الحبس طمانينة القلب فتقبل فيه احتياطا وان قالوا انه كثير العيال
ضيق الحال كان شهادة بالاثبات فتقبل بلا شبهة وفي النهاية قال محمد رحمه الله للمدعي ان يحبسه في مسجد حيه
وان شاء في بيته لانه ربما يطوف به في الاسواق والسكك من غير حاجة وفي ذلك ضرر للمدعي وفي رواية
اخرى عنه لصاحب الحق ان يلزمه مدة بونه المعسر حيث احب من المصر وان كان الملزوم لا معيشة له
الا من كده لم يكن له ان يمنعه عن الذهاب ومن ان يسعى في مقدار قوته يوما فيوما فاذا اكتسب ذلك في يومه
فله ان يمنعه عن الذهاب في ذلك ويحبسه قال هشام سالت محمدا رحمه الله عن رجل اخرج من الحبس على تفليس
فاي حد الملازمة مع التفليس واشار الى المصر فقال لعل عنده شيا لا اعلم انا به فقال هشام قلت له
فان كانت الملازمة تضر بعياله وهو ممن يكتسب في سقي الماء فطوفه قال امر صاحب الحق ان يوكل به غلاما
له يكون معه ولا امنعه عن طلب قدر قوت يومه وعياله وكذلك ان كان يعمل في سوقه قال صاحب
الهداية ولو اختار المطلوب الحبس والطالب الملازمة فالخيار الى الطالب لانه ابلغ في حصول المقصود
لاختياره الاضيق والاشق عليه الا اذا علم القاضي ان يدخل عليه بالملازمة ضرر بين بان لا يمكنه من
دخول داره وحده فحينئذ يحبسه دفعا للضرر عنه وهذا الذي ذكره يستقيم قبل الحبس وبعده
لا يستقيم لانه لا يحبسه مرة اخرى بعدما اخرجه من الحبس وكان الكلام فيه ولو كان الدين لرجل على امراة
لا يلازمها لما فيها من الخلوة بالاجنبية لكن يبعث امراة امينة تلازمها قال رحمه الله وان افلس مبتاع
عين فبايعه اسوة الغرما اي لو اشترى متاعا فافلس والمتاع قايم في يده فالذي باعه المتاع
اسوة الغرماء فيه مراده بعد قبض المشتري المتاع باذن البايع وان كان قبل القبض فللبايع ان يحبس المتاع
حتى يقبض الثمن وكذا اذا اقبضه المشتري بغير اذنه كان له ان يسترده ويحبسه بالثمن وقال الشافعي
للبايع الفسخ واخذ متاعه قبل القبض وبعده لحديث سمرة انه عليه السلام قال من وجد متاعه عند
مفلس بعينه فهو احق به رواه احمد وعن ابي هريرة انه عليه السلام قال من ادرك ماله بعينه عند رجل
قد افلس او انسان قد افلس فهو احق به من غيره رواه مسلم والبخاري وجماعة اخرى ولان المشتري
عجز عن تسليم احد بدلي العقد وهو الثمن فيثبت للبايع حق الفسخ كما لو عجز عن تسليم المبيع بالاباق
ونحوه والجامع بينهما انه عقد معاوضة فيقتضي المساواة كالسلم فانه اذا انقطع المسلم فيه يثبت

جب م

بينة اليسار ارجح

بن جندب

لرب السلم خيار الفسخ وكون الثمن معقودا عليه لا تاثير له في منع الفسخ الا ترى ان المكاتب اذا عجز
عن بدل الكتابة يتمكن المولى من فسخ الكتابة وبدل الكتابة معقود به كالثمن ولنا قوله تعالى
وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة فاستحق النظرة الى الميسرة بالاية فليس له ان يطالبه قبلها
ولا فسخ بدون المطالبة بالثمن وهذا لان الدين صار موجلا الى الميسرة بتاجيل الشارع وبالعجز
عن الدين الموجل من المتعاقدين لا يجب له خيار الفسخ قبل مضي الاجل فكيف يثبت له ذلك في تاجيل
الشارع وهو اقوى من تاجيلهما ولان العقد يوجب ملك الثمن للبايع في ذمة المشتري وهو الدين
وذلك وصف في الذمة فلا يتصور فيه العجز ولا يتغير عليه موجب عقده ابدا لان بقاء ذلك ببقاء
محله وهو الذمة فصار كما اذا كان مليا وهو اذا عجز انما يعجز عن الايفاء والايفاء يقع بعين بدلا عن
الواجب بالعقد في الذمة فيكون عجزا عن غير ما وقع عليه العقد فلا يوجب فسخا وانما قلنا ذلك
لانه ما وقع عليه العقد لا يتصور قبضه لانه وصف في الذمة والمقبوض عين الا ترى انه يجوز
اسقاطه بالابراء او بالاستبدال والاعتاق ولا يجوز اسقاطها ولا استبدالها قبل القبض كما في
المبيع عينا او دينا لان المسلم فيه مبيع فجعل المقبوض عين ما كان في الذمة حكما للضرورة لان المبيع
لا يجوز استبداله قبل القبض ولا ضرورة هنا فكان المقبوض غير الواجب حقيقة فلا يكون العجز عنه
عجزا عن موجب العقد فلا يثبت له خيار الفسخ ولا حجة له فيما روي لان المذكور في الحديث الاول من
وجد متاعه عند مفلس بعينه فهو احق به وفي الثاني من ادرك ماله بعينه عند رجل قد افلس
فهو احق به من غيره والمبيع ليس بعين مال البايع ولا متاع له وانما هو مال المشتري اذ هو خرج به عن
ملكه وعن ضمانه بالبيع والقبض وانما ماله بعينه يقع على المغصوب والعواري والودايع والاجارة
والرهن وذلك ماله بعينه فهو احق به من ساير الغرما والحديث ورد فيه وبه نقول وانما يكون
هذا الحديث حجة له ان لو قال فاصاب رجل عين مال قد كان له فباعه من الذي وجده في يده ولم يقبض ثمنه
فهو احق به من ساير الغرما وهو نظير ما روي عن سمرة انه عليه السلام قال من سرق له مال او ضاع له متاع فوجده
في يد رجل بعينه فهو احق بعينه ويرجع المشتري على البايع بالثمن رواه الطحاوي باسناده فهذا الحديث
يفيد ان جميع ما وجد في يد المفلس يقسم بين غرمائه ما لم يظهر لهما مالك معين فاذا ظهر له مالك معين كان
هو اولى من ساير الغرما فان قيل روي الحديث بالفاظ اخر فان ابا بكر بن عبد الرحمن قال ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
قضى بالسلعة يبتاعها الرجل فيفلس وهي عنده بعينها لم يقبض البايع من ثمنها شيا فهو اسوة الغرماء
وعن ابي بكر المذكور ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ايما رجل ابتاع متاعا فافلس الذي ابتاعه ولم يقبض
الذي باعه من ثمنه شيا فوجده بعينه فهو احق به فان مات المشتري فصاحب المتاع اسوة الغرماء فيه
فتبين بهذا الحديث ان المراد بالحديث الاول البايع دون غيرهم قلنا قال الطحاوي ان هذا الحديث
منقطع فلا تقوم عندك حجة وذكر انه مضطرب ايضا وبين وجه اضطرابه في الاثار فلا يجوز الاحتجاج
به ولا يجوز ان يكون مبينا للمراد بالحديث الاول لانه يخالفه في المعنى وقوله عقد معاوضة فيقتضي
المساواة قلنا يقتضي التسوية بينهما في الملك وهو حاصل لكل واحد منهما وان سلمنا انه يقتضي
التسوية في القبض فقد بطل ذلك بالتاجيل الى الميسرة فلا يبقى له حكم الفسخ وقوله كالسلم الخ قلنا
المسلم فيه مبيع دين والعجز عن المبيع يوجب خيار الفسخ لانه عجز عن تسليم المستحق بالعقد فيفوت به
ما اوجبه العقد والدليل على انه مبيع عدم جواز الاستبدال به فصار العجز عن تسليمه كالعجز عن
تسليم المبيع المعين بخلاف الدين فان العجز عن تسليمه عجز عن تسليم ما لم يوجبه العقد لان ما اوجبه العقد
وصف في الذمة والمقبوض غيره الا ترى ان عدم القدرة على ايفاء الثمن لا يمنع صحة العقد ابتداء فكذا بقاء لما ذكرنا

المسلم لا يجوز استبداله قبل القبض

قال قيل اذا اشترى بالفلوس النافقة شيا كانت الفلوس فى ذمته وهى ثمن ثم اذا عجز عن تسليمها بالكساد
انفسخ البيع فوجب ان يكون هذا كذلك قلنا الفلوس اذا كسدت لتغير موجب العقد فان العقد اوجب
ملك فلوس فى الذمة ثمن وبعد الكساد لا تبقى بهذه الصفة فبطل ونقول لما كسدت صارت عروضا
والعروض لا تجب فى الذمة الا سلما فبطل بخلاف الدين بعد الافلاس والمكاتب اذا عجز لا تغير على الموجب
موجب العقد لان موجبه ملك البدل للمولى عند حلول الاجل بالقبض وقبل القبض لو علك شيئا
لان المكاتب عبد والمولى لا يستوجب دينا فى ذمة عبده ولهذا لو كفل بدل الكتابة انسان لا يصح
وينفرد العبد بفسخه فاذا عجز فات موجب العقد فثبت للمولى حق الفسخ بخلاف الدين فى ذمة
المفلس فان العقد فيه اوجب ملك الثمن للبايع وبالافلاس لا ينعدم ذلك فصار كما لو كان مليا

فصل فى حد البلوغ **قال** بلوغ الغلام بالاحتلام والاحبال والانزال والا فحتى يتم له
ثمانية عشرة سنة والجارية بالحيض والاحتلام والحبل والا فحتى يتم لها سبع عشرة سنة وقيل البلوغ
فيهما بخمس عشرة سنة وهذا عند ابى يوسف ومحمد وهو قول الشافعى رحمهم الله ورواية عن ابى حنيفة رحمه الله
والاول قول ابى حنيفة وعنه فى الغلام تسع عشرة سنة وقيل المراد به ان يطعن فى التاسع عشر فلا
اختلاف بينهما او بتيقن لانه لا يتم له ثمانى عشرة سنة الا ويطعن فى التاسع عشرة وقيل فيه اختلاف الرواية
حقيقة لانه ذكر فى بعض النسخ حتى يستكمل تسع عشرة سنة اما الاحتلام فلما روى عن على ابن ابى طالب
كرم الله وجهه انه قال حفظت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يتم بعد الاحتلام ولا صمات يوما الى الليل
رواه ابو داود والحبل والاحبال لا يكون الا مع الانزال وكذا الحيض يكون فى اوان الحبل عادة فجعل كل
ذلك علامة البلوغ واما السن فلهما ما روى عن ابن عمر رضى الله عنهما انه قال عرضت على رسول الله صلى الله عليه وسلم
يوم احد وانا ابن اربع عشرة سنة فلم يجزنى وعرضت عليه يوم الخندق وانا ابن خمس عشرة سنة
فاجازنى فالظاهر انه عليه السلام لم يجزه الا لانه بالغ ولم يرده الا لانه لم يبلغ ولان بلوغهما بالنساخ
عنها عادة وهى احدى الحجج الشرعية فيما لا نص فيه ولابى حنيفة رحمه الله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتى
هى احسن حتى يبلغ اشده واشد الصبى ثمانى عشرة سنة هكذا قال ابن عباس رضى الله عنهما والقتبى
وقيل اثنان وعشرون سنة وفى قول خمس وعشرون سنة واقل ما قيل فيه ثمانى عشرة سنة فوجب
تعليق الحكم به للاحتياط غير ان الاناث نشوهن وادراكهن اسرع فزدنا سنة فى حق الغلام لاشتمالها
على الفصول الاربعة التى واحد منها يوافق المزاج لا محالة فيقوى فيه **قال** وادنى المدة فى حقه
اثنتا عشرة سنة وفى حقها تسع سنين اى ادنى مدة البلوغ بالاحتلام ونحوه فى حق الغلام اثنتا عشرة
سنة وفى حق الجارية تسع سنين كذا ذكره صاحب الهداية وغيره ولا يعرف ذلك الا سماعا او
بالتتبع **قال** فان راهقا اى الغلام والجارية وقالا قد بلغنا صدقا واحكامهما احكام البالغين
لانه امر لا يوقف عليه الا من جهتهما فيقبل قولهما كما يقبل قول المراة فيما لا يطلع عليه غيرها كالحيض وغيره

كتاب المأذون **قال** الاذن فك الحجر واسقاط الحق فلا يتوقت ولا يتخصص هذا فى الشرع
لان العبد اهل التصرف بعد الرق لان ركن التصرف كلام معتبر شرعا لصدوره عن تمييز ومحل التصرف
ذمة صالحة لالتزام الحقوق وهما لا يفوتان بالرق لانهما من كرامات البشر وهو بالرق لا يخرج من
ان يكون بشرا الا انه حجر عليه عن التصرف لحق المولى كيلا يبطل حقه بتعلق الدين برقبته لضعف
ذمته بالرق حتى لا يجب المال فى ذمته الا وهو شاغل لرقبته فاذا اذن المولى فقد اسقط حقه فكان العبد
متصرفا باهليته الاصلية ولهذا لا يرجع على المولى بما لحقه من العهدة ولا يتوقف بزمان ولا مكان
ولا بنوع من التجارة كالمكاتب وعند زفر والشافعى هو عبارة عن توكيل وانابة لانه يتصرف المولى باذنه

والمانع من التصرف هو الرق وهو باق بعد الاذن وثمرة الاختلاف تظهر فى صحة التقييد عندهما
حتى لا يجوز للعبد ان يجاوز ذلك عندهما كالوكيل لانه يتصرف للموكل فلا يملك الا ما اطلق له
وعندنا يتصرف باهليته لنفسه وانما يخلفه المولى فى الملك فقط لتعذر ثبوته له وفيما عدا ذلك
هو كالحر لان المانع حق المولى وقد اسقطه والاسقاطات لا تقبل التقييد كالطلاق والعتاق وكما اذا
رضى المستاجر ببيع عبد مستاجر من شخص بعينه دون غيره او اسلم البايع المبيع الى المشترى قبل
نقد الثمن على ان يتصرف فيه نوعا من التصرف دون نوع فانه لا يعتبر فيه تقييده لان ذلك منه اسقاط
لحقه فلا يقبل التقييد بخلاف اذن القاضى فانه بمنزلة الوكيل ذكره قاضيخان فى فتاواه ولا يقال
هو ليس باهل لحكم التصرف وهو الملك فكيف يكون اهلا لسببه وهو التصرف والسبب غير مشروع الا لحكمه
بل لحكمه فاذا لم يترتب عليه حكمه لا يكون مشروعا كطلاق الصبى وعتاقه لانا نقول حكمه ملك اليد
وهو اهل له كالمكاتب ولهذا يقدم فيه حاجته من قضاء دينه ونفقته وليس للمولى ان ياخذ الا ما فضل
منه بخلاف المستشهد به فانه لا يثبت فيه حكم ما فى حق الصبى فلا يكون مشروعا ولا يقال لو كان
اسقاطا لما ملك نهيه لانا نقول ليس باسقاط فى حق ما لم يوجد فيكون النهى امتناعا عن الاسقاط
فيما لم يوجد وهو فى اللغة الاعلام ومنه الاذان وهو الاعلام بدخول الوقت وشرطه ان يكون العبد
ممن يعقل التصرف ويقصده والاذن ممن يملك التصرف بيعا واجارة ورهنا ونحو ذلك ولا يشترط
ان يكون مالكا للرقبة حتى جاز الاذن من العبد المأذون له والمكاتب والشريك مفاوضة وعنانا
والاب والجد والقاضى والوالى وحكمه هو التصرف الشرعى وهو ما ذكرنا من فك الحجر **قال** ويثبت
بالسكوت ان راى عبده يبيع ويشترى اى يثبت الاذن للعبد بسكوت المولى عندما يراه يبيع ويشترى
ولا فرق فى ذلك بين ان يبيع عينا مملوكا للمولى او لغيره باذنه او بغير اذنه بيعا صحيحا او فاسدا
هكذا ذكر صاحب الهداية وغيره وذكر قاضيخان فى فتاواه اذا راى عبده يبيع عينا من اعيان المالك
فسكت لم يكن اذنا وكذا المرتهن اذا راى الراهن يبيع الرهن فسكت لا يبطل الرهن وروى الطحاوى عن
اصحابنا انه رضى ويبطل الرهن ولو امره المولى ببيع متاع غيره يصير مأذونا له ولو راى عبده فى حانوته
يبيع فسكت حتى باع شيئا كثيرا من ذلك كان اذنا ولا ينفذ على المولى بيع العبد ذلك المتاع ولو راى
المولى عبده يشترى شيئا بدراهم المولى او دنانيره فلم ينهه يصير مأذونا فان نقد الثمن من مال
المولى كان للمولى ان يسترده ولا يبطل البيع بالاسترداد ولو ان رجلا دفع الى عبد رجل متاعا له
ليبيعه له فباعه بغير اذن المولى فراه المولى ولم ينهه كان مأذونا له فى التجارة ولا يجوز ذلك البيع
على صاحب المتاع وتكلموا فى العهدة قيل ترجع الى الامر وقيل الى العبد وقال زفر والشافعى لا يثبت
الاذن بسكوت المولى عندما يراه يبيع او يشترى لان سكوته يحتمل الرضا ويحتمل السخط فلا يثبت بالشك
ولان الاذن انابة فلا يثبت بالسكوت كما اذا راى اجنبيا يبيع ماله فسكت ولم ينهه لا ينفذ ذلك عليه
بسكوته ولهذا لا يجوز ذلك البيع بدلالة الحال وهو السكوت فاولى ان لا يجوز بيع غيره من البياعات
وكذا لو راى القاضى الصبى او المعتوه او عبدهما يبيع ويشترى فسكت لا يكون اذنا له فى التجارة مع ان
له ان ياذن لليتيم والمعتوه اذا لم يكن له وصى ولعبدهما او كان لكل واحد منهما ولى وامتنع من الاذن
له عند طلبه منه ذلك وكذا سكوت المرتهن عندما يرى الراهن يبيع الرهن لا يكون رضا فى رواية
وكذا اذا راى عبده يتزوج او امته تتزوج فسكت لا يكون اذنا منه بالزواج وكذا لو اتلف مال غيره
وصاحبه يقتضى وهو ساكت لا يكون اذنا منه به حتى كان له ان يطالبه بالضمان ولنا ان هذه التصرفات
مبنية على عادات الناس وقد جرت العادة ان من لا يرضى بتصرف عبده ينهاه عنه ويؤدبه عليه فاذا سكت

دل على رضاه فصار اذنا دلالة لاجل دفع الضرر عن الناس فانهم يعتقدون ذلك اطلاقا فلو لم يجعل اذنا يتضررون به
حماد لفعله على ما يقتضيه الشرع والعرف فصار كسكوت النبي صلى الله عليه وسلم عند امر يعاينه عن التغيير
والانكار وكسكوت البكر والشفيع والمولى القديم عند ما يرى مالا يقسم بين الغانمين بخلاف ما اذا سكت
عند ما راى الاجنبي يبيع ماله لانه لو كان وكيلا لتصرف الموكل او لنفسه والتوكيل لا يثبت بالسكوت
وكذا العبد وكيل في حق ما باعه من مال المولى لانه ملك الغير وهو المولى والتوكيل لا يثبت بالسكوت وكذا
القاضي لانه لا حق له في مال الغير حتى يكون الاذن اسقاطا لحقه وسكوت المرتهن اجازة في رواية فلا وفق
بينهما والفرق على الاخرى انا لو جعلناه اجازة يلزم المرتهن ضرر عظيم بخروج العين عن يده واقامة الثمن
مقامه في جعله رهنا وهو في الذمة ولا يعرف هل يحصل او يتوى عليه فلا يلحقه هذا الضرر الا بالتصريح
منه وهذا هو الجواب في تزويج العبد والامة وفي اتلاف مال الغير لان المولى وصاحب المال فيه ضرر
محضا فلو يلزمه بدون التزامه صريحا بخلاف ما نحن فيه فانه لا ضرر فيه في الحال وفي المال جانب النفع
ارجح لان ما يلزمه من الديون لا يلزمه الا بعوض وجانب تحصيل الربح ارجح ولان الهلاك في النكاح وكيل
عن المولى لان المولى يملك ان يعقد عليه بغير اختياره ولهذا لو اذن له بالتزوج لا يكون مأذونا له حتى
لو علك ان يتزوج الا واحدة لان التوكيل لا يتعمم ولا يثبت بالسكوت بخلاف البيع **قال** وان اذن له عاما
لا بشراء شيء بعينه يبيع ويشتري يعني لو اذن له مولاه اذنا عاما بان قال اذنت لك في التجارة ولم يقيده
بشراء شيء بعينه ولا بنوع من التجارة جاز له التصرف في جميع التجارات يبيع ويشتري لان اللفظ يتناول
جميع انواع التجارة واما اذا امره بشراء شيء بعينه كالطعام والكسوة لا يكون مأذونا له لانه استخدام
ولو صار مأذونا له [illegible] وكذا لو قال له اجر نفسك من فلان لانه امره بعقد واحد فيكون استخداما بخلاف
ما اذا قال له اجر نفسك من الناس او اقعد صباغا او خياطا او قصارا او قال اد الي الغلة وانت حر حيث
يكون اذنا لانه امره بعقود متعددة فيدل ذلك على الاذن وكذا اذا قال له اد الي كل شهر كذا او كل يوم كذا كان
مأذونا له لانه لا يتوصل الى ادائه الا بالتكسب وذلك بالتجارة لا بالتكدي والفاصل بينهما انه اذا
اذن له بعقود متكررة كان مأذونا له كقوله اشتر ثوبا وبعه او بع ثوبي هذا او اشتر بثمنه وان اذن له
بعقد واحد ولم يوجد منه ما يدل على الاذن لم يكن مأذونا له عادة وقوله اد الي الغلة وانت حر بمنزلة قوله
ان اديته الي فانت حر ولو اعطاه راوية وبغلا وقال استق عليه وبع الماء من الناس كان اذنا لانه امره
بالتكسب وذلك بالاذن ولو غصب العبد ثوبا فامره مولاه ببيعه كان اذنا له لانه لا يمكن حمله على الاستخدام
لعدم الملك فتعين الاذن ولو امره بنوع من التجارة كان اذنا في الجميع وكذا اذا قيده بوقت او بمعاملة
شخص لا يتقيد به عندنا وفيه خلاف زفر والشافعي بناء على انه توكيل عندهما وعندنا اسقاط وقد بيناه
ثم اذا صار مأذونا له في جميع التجارات كان له ان يبيع ويشتري وان كان فيه غبن فاحش عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا لا يجوز بمحاباة لا يتغابن الناس في مثله لان الغبن الفاحش جار مجرى التبرع حتى اعتبر من المريض
من ثلث ماله ولا يجوز من الاب والوصي والقاضي في مال الصغير والتبرع غير داخل فيه فلا يجوز وهذا لان
المقصود من التجارة الاسترباح وهذا ضده لانه اتلاف ولابي حنيفة رحمه الله انه تجارة لا تبرع لانه وقع
في ضمن عقد التجارة ولو وقع في ضمن الشيء كان له حكم ذلك الشيء وهذا لان التجارة مبادلة المال بالمال
ولهذا يجري فيه احكام البيع في الكل كوجوب الشفعة وجواز المرابحة وقد قلت عنه الحجر في حق التجارة فينتفي
الجميع كفك الحجر بالاعتاق بخلاف الهبة لانها ليست بتجارة وبخلاف الاب والوصي والقاضي لان تصرفهم
مقيد بالانظر ولا يلزم من صحته من الصبي بعد الاذن ان يصح منهم كالاقرار بالدين وحق الورثة تعلق
بالمالية فليس له ان يبطله ولهذا لا يملكه بالغبن اليسير فلو يصح الاستدلال به ولان البيع

بالغبن

بالغبن الفاحش من صنيع التجار لاستجلاب قلوب المجاهرين ويبيع بغبن فاحش في صفقة ويربح في اخرى
وعلى هذا الخلاف بيع الصبي والمعتوه المأذون لهما ولو مرض العبد المأذون له وحابى فيه يعتبر من جميع
المال اذا لم يكن عليه دين وان كان عليه دين فمن جميع ما بقي بعد الدين لان الاقتصار في الحجر على الثلث لحق
الورثة ولا وارث للعبد ولا يقال المولى بمنزلة الوارث لانا نقول رضي بسقوط حقه بالاذن فصار
كالوارث اذا اسقط حقه من الثلثين فان تصرف المريض ينفذ في الكل بخلاف غرمائه على ما يجي لانهم لم يرضوا
بسقوط حقهم فلا ينفذ محاباته في حقهم وان كان الدين محيطا بما في يده يقال للمشتري اد جميع المحاباة
والا فرد المبيع كما في الحر هذا اذا كان المولى صحيحا وان كان المولى مريضا لا تصح محاباة العبد الا من ثلث مال المولى
كتصرفات المولى بنفسه لان المولى باستدامة الاذن بعد ما مرض اقامه مقام نفسه فصار تصرفه كتصرفه
والفاحش من المحاباة وغير الفاحش فيه سواء حتى لا ينفذ الكل الا من الثلث **قال** ويوكل بهما اي يجوز
له التوكيل بالبيع والشراء لانه من توابع التجارة فلعله لا يتمكن من مباشرة الكل فيحتاج الى المعين **قال**
ويرهن ويسترهن لانهما من توابع التجارة لانهما ايفاء واستيفاء ويتقرر ذلك بالهلاك **قال** ويتاجر
ويضارب لانه من صنيع التجار فيجوز له المضاربة اخذا ودفعا وكذا الاجارة بان يوجر غلمانه او يستاجر
اجراء له او يدفع الارض مزارعة او ياخذها او ياخذها مساقاة لان كل ذلك من عمل التجار **قال** ويكري الاضرار
الزارع ويستاجر ويتقبلها لان يشتري طعاما ويزرعه فيها ويستاجر البيوت والحوانيت ويوجرها لما فيه
من تحصيل المال **قال** ويوجر نفسه وقال الشافعي رحمه الله ليس له ان يوجر نفسه لان الاذن لا يتناول
التصرف في نفسه ولهذا لا يكون له ان يبيع نفسه ولا يرهنها فكذا منافعها لان المنافع تابع للنفس
ولنا ان الاجارة تجارة وهو تصرف على غير نفسه اذ هي بيع المنافع دون النفس فيملكه وانما لا يجوز بيع نفسه
لانه يبطل الاذن اصلا لانه ينحجر به بخلاف الاجارة ولا يلزم من امتناع جواز بيع النفس امتناع الاجارة الا ترى
ان الحر لا يملك بيع نفسه ويملك اجارتها وكذا بيعه المكاتب بل هو نظيره فانه يملك اجارة نفسه ولا
يملك بيعها والرهن يوجب الحبس على الدوام الى قضاء الدين بغير بدل يقابله فيفوت به غرض المولى
وهو التحصيل فلا يملكه ويشارك شركة عنان لانه من صنيع التجار لانه طريق لتحصيل الربح وليس له ان
يشارك مفاوضة لانها تتضمن الكفالة وهو لا يملكها لكونها تبرعا **قال** ويقر بدين وغصب ووديعة
لان الاقرار من توابع التجارة لانه لو لم يصح اقراره لم يعامله احد فلا بد من قبول اقراره فيما هو من باب
التجارة والاقرار بالدين منه وكذا بالغصب لان ضمان الغصب ضمان معاوضة عندنا لانه يملك المغصوب
بالضمان فكان من باب التجارة ولهذا لو اقر به احد المتفاوضين كان شريكه مطالبا به وكذا لو اشترى
جارية شراء فاسدا فاقر انه وطئها يجب عليه العقر في الحال لان لزومه باعتبار الشراء اذ لولاه لوجب
الحد دون العقر بخلاف ما اذا اقر بوطء جارية بالنكاح حيث لا يظهر وجوب العقر في حق المولى وانما
يواخذ به بعد الحرية لانه ليس من باب التجارة ولهذا لو اقر به احد المتفاوضين لم يلزم شريكه
وكذا اقراره بالوديعة من باب التجارة لانه لا يجد بدا منه فكان من توابعه ولوازمه ولا فرق
بينهما اذا كان عليه دين او لم يكن اذا كان الاقرار في صحته وان كان في المرض فالغرماء الصحة كما في الحر
فحاصله ان ما يكون من باب التجارة من ديونه يصح اقراره به يصدقه المولى او كذبه وما لا يكون من باب
التجارة لا يصدق فيه الا بتصديقه لانه دين كالمجحور عليه ويبطل اقراره للزوج والولد والوالدين
عند ابي حنيفة خلافا لهما وهو كالاختلاف في بيع الوكيل من هؤلاء **قال** ولا يتزوج لانه ليس من باب
التجارة ولان فيه ضررا على المولى بوجوب المهر والنفقة في رقبته **قال** ولا يزوج مملوكه وقال ابو يوسف
يزوج الامة دون العبد لان فيه تحصيل المنفعة وهو تحصيل المهر وسقوط النفقة فاشبه اجارتها

ضمان الغصب ضمان معاوضة

ويشارك شركة عنان مكمل

وهذا ان اقر لغير الولد والوالد والزوج مكمل

ولهذا اجاز المكاتب ووصي الاب ولهما ان الاذن تناول التجارة والتزويج ليس بتجارة ولهذا لا يملك
تزويج العبد بخلاف المكاتب والاب والوصي لان المكاتب يملك الاكتساب وذلك لا يختص بالتجارة وكذا
الاب والجد والوصي ولان تصرفهم مقيد بالانظر للصغير وتزويج الامة من الانظر وعلى هذا الخلاف
الصبي والمعتوه المأذون لهما والمضارب والشريك مفاوضة وعنانا وجعل صاحب الهداية الاب والوصي
على هذا الخلاف وهو سهو فانه ذكر المسئلة بنفسها في كتاب المكاتب مثل ما ذكرنا ولم يذكر فيهما خلافا فابل
جعلهما كالمكاتب وكذا في عامة كتب اصحابنا كالمبسوط ومختصر الكافي والتتمة قال ولا يكاتب لانه
ليس من باب التجارة اذ هي مبادلة المال بالمال والبدل في الحال مقابل بفك الحجر فلم يكن من باب التجارة ولان الكتابة
اقوى من الاذن لان الكتابة توجب حرية اليد في الحال وحرية الرقبة في المآل والاذن لا يوجب شيئا
من ذلك والشيء لا يتضمن ما هو فوقه الا اذا اجازه المولى ولم يكن على العبد دين لان الامتناع لحقه فاذا اجاز
زال المانع فينفذ وهذا لما عرف ان كل عقد موقوف وله مجيز حال وقوعه يجوز باجازته فتكون الاجازة
اللاحقة كالوكالة السابقة ثم ليس للعبد ان يقبض البدل لانه نائب عن المولى كالوكيل فكان قبض البدل لمن
نفذ العقد من جهته لان الوكيل فيه سفير ومعبر فلا يتعلق به حقوق العقد كالنكاح بخلاف المبادلة
المالية وذكر في النهاية انه لو كان على العبد دين قليل او كثير فكتابته باطلة وان اجازها المولى لان قيام
الدين يمنعه من ذلك قل او كثر وهذا مشكل فان الدين اذا لم يكن مستغرقا لرقبته ولما في يده لا يمنع الدخول
في ملك المولى باجماع اصحابنا حتى جاز للمولى عتق ما في يده فكيف يتصور هذه المسئلة وعلى قول من يقول هذا
وانما الخلاف في المستغرق فعند ابي حنيفة يمنع من دخوله في ملك المولى وعندهما لا يمنع ولو ادى المكاتب
البدل الى المولى قبل الاجازة ثم اجاز المولى لا يعتق وسلم المقبوض للمولى لانه كسب عبده قال ولا يعتق
لان العتق فوق الكتابة فكان اولى بالامتناع وان اجازه المولى ولم يكن عليه دين جاز وكان قبض العوض
اليه اذا كان العتق على مال وان كان عليه دين مستغرق لا ينفذ عند ابي حنيفة رح خلافا لهما بناء على انه
يملك ما في يده ام لا قال ولا يقرض لانه تبرع ابتداء وهو لا يملكه قال ولا يهب لانه تبرع محض
وسواء كان بعوض او بغير عوض لانه تبرع ابتداء او ابتداء وانتهاء قال ويهدي طعاما يسيرا الى
ويضيف من يطعمه لان التجار يحتاجون اليه لاستجلاب قلوب المجاهزين وروي انه عليه السلم كان يجيب
دعوة المملوك والمراد به المأذون له لان المحجور عليه ليس له ان يتخذ الضيافة اليسيرة لعدم الاذن
وعن ابي يوسف ان المحجور عليه اذا دفع اليه المولى قوت يومه فدعا بعض رفقائه على ذلك الطعام فلا باس
به بخلاف ما اذا دفع اليه قوت شهر لانهم اذا اكلوه يتضرر به المولى ولا يمكن ان يقدر الضيافة بقدر
لانه يختلف باختلاف المال وغيره وقالوا في الهداية ليس له ان يهدي الا الشيء اليسير من المأكول وليس
له ان يهدي الدراهم ولا باس للمراة ان تتصدق من بيت زوجها بشيء يسير كرغيف ونحوه بدون استطلاع
راي الزوج لان ذلك ماذون فيه عادة وما روي انه عليه السلم قال عام حجة الوداع لا تخرج المراة من بيت
زوجها فقيل له والطعام فقال عليه السلم الطعام افضل اموالكم المراد به المدخر كالحنطة والدقيق واما
غير المدخر فلها ان تتصدق به على العادة الجارية بين الناس والاب والوصي لا يملكان في مال الصغير
ما يملكه العبد المأذون له من اتخاذ الضيافة اليسيرة والصدقة قال ويحط من الثمن بعيب لانه
من صنيع التجار وقد يكون الحط انظر اليه من قبول المعيب بخلاف الحط من غير عيب او الحط اكثر من
العادة لانه تبرع محض بعد تمام العقد وهو ليس من صنيع التجار فلا ضرورة اليه بخلاف المحاباة ابتداء
لانه قد يحتاج اليه التاجر على ما بيناه وله ان يوجل في دين وجب له لانه من عادات التجار قال
ودينه متعلق برقبته يباع فيه ان لم يفده سيده وقال زفر والشافعي يتعلق بالكسب لا بالرقبة

فلا تباع

فلا تباع رقبته ويباع كسبه بالاجماع لهما ان رقبته ليست من كسبه فلا تباع في دينه كسائر اموال المولى
وهذا لان رقبته ملك المولى فلا يتعلق بها الدين الا بتعليقه ولان غرضه بالاذن تحصيل مال لم يكن لا
تفويت مال كان فلا يكون مشروعا اصلا ولنا ان هذا دين ظهر وجوبه في حق المولى فيتعلق برقبته كدين
الاستهلاك والمهر ونفقة الزوجات ولان بيعه بالدين كان جائزا حين كان يباع الحر بالدين على ما روي
انه عليه السلم باع رجلا يقال له سرق في دينه فانتسخ في حق الحر فبقي في حقه على حاله لعدم المانع
وفي تعلقه برقبته دفع الضرر عن الناس وحامل لهم على المعاملة وبه يحصل مقصود المولى لان المعسر
الذي ليس له مال لا يعامله احد خوفا من توى ما لهم فلا يحصل غرضه واذا تعلق برقبته يعامل فيحصل
غرضه وينتفي الضرر عنه بدخول ما اشتراه العبد في ملكه وتعلقه بالكسب لا ينافي تعلقه بالرقبة
فيتعلق بهما جميعا ويبدأ بالكسب لانه اهون على المولى مع ايفاء حق الغرماء وعند انعدامه يستوفى
من الرقبة دفعا للضرر عن الغرماء ولا يعجل القاضي ببيعه بل يتلوم لاحتمال ان يكون له مال يقدم عليه
او دين يقتضيه فاذا امضت مدة التلوم ولم يظهر لوجه باعه لان القاضي نصب ناظرا للمسلمين وقد نظر
للمولى بالتلوم فوجب النظر للغرماء بالبيع ثم بيع القاضي هذا العبد مجمع عليه بين اصحابنا غير زفر رح
وان كان ابو حنيفة لا يرى بيع القاضي مال المفلس ولا يرى الحجر على المكلف والفرق له انه انما امتنع بيع القاضي
مال المفلس لان بيعه يودي الى الحجر عليه وهو لا يرى حجر المكلف فامتنع لذلك واما العبد المأذون له
فان المولى محجور عليه عن بيعه قبل ذلك لانه لا يملك بيعه بعدما تعلق برقبته الدين لما فيه من ابطال
حق الغرماء فلا يكون محجورا عليه ببيع القاضي ولهذا المعنى يبيع القاضي كسب العبد ايضا والمراد بالدين
ما ظهر في حق المولى واما ما لم يظهر في حقه لا يباع العبد ولا يطالب به الا بعد الحرية قال ويقسم ثمنه
بالحصص اي بين الغرماء لان ديونهم متعلقة برقبته فيتحاصون في الاستيفاء من البدل كما في التركة
ويشترط لبيع العبد بنفسه ان يكون المولى حاضرا لان المولى هو الخصم في رقبة العبد كما اذا ادعى رقبته انسان
ولا يكون العبد فيه خصما وبيع كسبه لا يشترط حضور المولى ويشترط حضور العبد لان العبد هو الخصم
في كسبه الا ترى انه اذا ادعى كسبه كان هو الخصم فيه قال وما بقي طولب به بعد عتقه اي ما بقي
من الدين بعدما اقتسم الغرماء ثمنه يطالب به بعد الحرية ولا يطالب به للحال لان دينهم ثابت في ذمته
ولم يستوفوا الكل منه لان رقبته لم تف به فبقي دينهم على حاله في ذمته فيستوفونه اذا قدر على ايفائه
ولا يقدر الا بعد العتق لانه لا يمكن بيعه ثانيا ولا استسعاؤه لان المشتري يتضرر ولانه لو علم المشتري
انه يباع عليه ثانيا او يستسعى يمتنع من شرائه فيودي الى امتناع البيع بالكلية فيعود الضرر على غرمائه
فلا يشرع ولان الغرماء بالخيار ان شاؤوا استسعوا العبد وان شاؤوا باعوه فاذا باعوه لم يبق لهم تعلق به
لان من خير بين شيئين او اشياء فاختار احدها بطل خياره في غيره وليس له الجمع بين الكل ولو اشتراه بعد
ذلك مولاه الذي باعه للغرماء لم يكن لهم على العبد تعلق لان هذا ملك جديد بسبب جديد وتبدل الملك
كتبدل العين حكما فصار كانه عبد اخر ولانهم لما اختاروا البيع بطل اختيار غيره على ما بينا ولانهم
لما باعوه ملكوا السعاية للمشتري الاول بما اخذوه منه من الثمن وهو ملكه من المولى الاول فقام
مقامه فلا يكون لهم الرجوع عليه كما لا يكون لهم الرجوع على المشتري الاول وفي نفقة الزوجة يباع
مرارا كلما تعلقت لان النفقة تتجدد ساعة فساعة فيكون دينا حادثا بعد البيع ويتعلق دين الغرماء
بجميع ما في يده من المال المكتسب بعد الدين وقبله باي سبب كان وقال زفر رح لا يتعلق دينه الا بما
اكتسبه بطريق التجارة ولا يتعلق بما وهب للعبد او تصدق عليه به لان وجوب الدين عليه بسبب التجارة
فما كان من كسب تجارته يتعلق به الدين لاتحاد السبب وما لم يكن من كسب تجارته فهو كسائر اموال المولى

يسلم للمولى ما اخذه من العبد قبل لحوق الدين

قلنا حق العبد مقدم على حق المولى فانه لا ياخذ من كسبه الا الفاضل منه لان العبد من اهل الاستحقاق
فلا يسلم للمولى الا بشرط الفراغ عن حاجة العبد لان العبد ليس باهل الملك فيخلفه كالميت يخلفه
وارثه لكن بشرط الفراغ عن حاجته ولا فرق في ذلك بين ان يكون مكتسبا بطريق التجارة او غيرها كتركة الميت
ويسلم للمولى ما اخذه من العبد قبل لحوق الدين لانه حين اخذه منه كان فارغا عن حاجته فيخلص له بمجرد
القبض ولو كان المولى ياخذ من العبد كل شهر الغلة قبل لحوق الدين كان له ان ياخذ بعد لحوقه غلة مثله
استحسانا والقياس ان لا يجوز له ذلك لان حق الغرماء مقدم في كسبه على المولى وجه الاستحسان ان في
اخذه الغلة منفعة الغرماء فانه يتركه على حاله لاجل ما يحصل له من المنفعة ولو لم ياخذ يحجر عليه
فينسد عليهم باب الاكتساب فكان ما ياخذه من الغلة كتحصيل الكسب لهم فلا يمنع منه الا اذا اخذ
منه اكثر من غلة مثله فيسترد منه الزيادة لانه لو مكن من ذلك لم يحصل غرض الغرماء فلم يكن في اخذه فائدة
لهم فيوخذ فيه بالقياس فيمنع فيقدم فيه حقهم قال رحمه الله وينحجر بحجره ان علم اكثر اهل سوقه وقال الشافعي
رحمه الله حجره صحيح وان لم يعلم به احد من اهل سوقه وهذا بناء على ان الوكيل ينعزل بعزل الموكل وان لم يعلم عنده
وعندنا لا ينعزل حتى يعلم وكذا لا يشترط لصحة الحجر ان يعلم العبد بنفسه عنده وعندنا يشترط هو يقول
ان المولى تصرف في خالص حقه فينفذ ولا يتوقف على علم غيره ولنا ان حجره عليه لو صح بدون علمهم لتضرروا
به لانه ان اكتسب شيئا فالمولى ياخذه وان لحقه دين يقيم البينة انه كان محجورا عليه قبله فيتاخر حقهم الى
ما بعد العتق وهو موهوم وليس بمحقق لا يدرى ايعتق ام لا ومتى يعتق فيكونون مغرورين فلا يكون محجورا
عليه حتى يعلموا دفعا للغرور عنهم ويكتفى بعلم اكثر اهل سوقه والقياس ان لا يكتفى الا بعلم الجميع دفعا
للضرر عنهم وجه الاستحسان ان اعلام الكل متعذر او متعسر وفيه حرج وهو مدفوع فيكتفى بالاكثر لان
الاشتهار هو المقصود يحصل بذلك ولو حجر عليه بحضرة الاقل لم يصر محجورا عليه حتى لو بايعه من علم
منهم ومن لم يعلم جاز البيع لانه لما صار ماذونا له في حق من لم يعلم صار ماذونا له في حق من علم ايضا لان الاذن
لا يقبل التخصيص على ما بينا او نقول ان الحجر لا يتجزى كما لا يتجزى الاذن لانه ضده فكان كل واحد منهما
لا يقبل التخصيص فيترجح جانب الكثرة فيكون الحكم له لان الاكثر يقوم مقام الكل في كثير من الاحكام لا سيما في
موضع الاشتهار لانه من الاكثر يحصل الاشتهار حتى يستوعب الكل ولهذا اكتفى بتبليغ الرسالة الى
الاكثر حتى لا يعذر بعد ذلك احد بالجهل باحكام الشرع بل يلزمه بعد الاسلام وان كان جاهلا بخلاف ما
اذا كان في موضع لم تبلغه كدار الحرب ويبقى العبد ماذونا له الى ان يعلم بالحجر كما يبقى الوكيل على وكالته حتى يبلغه
العزل ولانه لو انحجر من غير علمه لتضرر بتصرفه بعد الحجر وبلزوم قضاء ما لزمه به بعد الحرية من خالص حقه
وهو لم يرض به وانما شرط ان يكون الحجر شائعا اما اذا لم يعلم بالاذن الا العبد ثم حجر عليه بعلم العبد صار
محجورا عليه لعدم الاضرار باحد قال رحمه الله وبموت سيده وجنونه ولحوقه بدار الحرب مرتدا اي يصير
محجورا عليه بهذه الاشياء على العبد وان لم يعلم لان الاذن غير لازم وما لا يكون لازما من التصرف يعطى
لدوامه حكم الابتداء فكانه ياذن له ابتداء في كل ساعة لتمكنه من الفسخ والحجر عليه في كل ساعة فتركه
على ما كان عليه كانشاء الاذن فيه فيشترط قيام الاهلية في تلك الحالة كما يشترط في الابتداء وقد زالت
الاهلية بالموت والجنون وكذا باللحاق لانه موت حكما حتى يعتق مدبروه وامهات اولاده ويقسم ماله
بين ورثته فصار محجورا عليه في ضمن بطلان الاهلية فلا يشترط فيه علمه ولا علم اهل سوقه لان
الحجر حكمي فلا يشترط فيه العلم كما ينعزل الوكيل بهذه الاشياء وتفترق الشركة وكما اذا اخرجه المولى
عن ملكه وكالشركة المفاوضة تبطل بهما حالات احدهما لا تصح فيه الشركة وتصير عنانا وان كان لا يملك
احدهما ابطالها والمراد بالجنون المطبق وقد ذكرناه في الوكالة والاختلاف فيه قال رحمه الله وبالاباق

اي بالاباق ايضا يصير محجورا عليه حكما حتى لا يشترط ان يعلم اهل سوقه كما في الجنون وقال زفر والشافعي
لا يكون محجورا عليه بالاباق لان الاباق لا ينافي ابتداء الاذن الا ترى انه اذا اذن لعبده الآبق المحجور عليه
صح وجاز للعبد ان يتجر اذا بلغه فلان لا يمنع بقاءه وهو دونه اولى فصار كما اذا غصب
ولهذا الاذن صحة الاذن باعتبار ملك المولى وقيام رايه ولم يختل ذلك باباقه فكيف يصير محجورا عليه
بخلاف ما اذا جن المولى واخواته على ما بينا ولنا ان المولى لم يرض بتصرف عبده المتمرد الخارج عن طاعته
عادة فكان حجرا عليه دلالة والحجر مما يثبت بالدلالة كالاذن والاباق يمنع الابتداء عندنا على ما ذكره شيخ
الاسلام المعروف بخواهر زاده فلنا ان نمنع ولئن سلمنا فالدلالة ساقطة العبرة مع التصريح بخلافها
واما الغصب فان كان المولى يتمكن من اخذه بان كان الغاصب مقرا بالغصب او كان للمالك بينة تمكنه
ان ينزعه من يد الغاصب وينتزع كسبه فيجوز ان ياذن له ابتداء فكذا بقاء دلالة وان كان لا يتمكن
من اخذه بان كان الغاصب جاحدا ولم يكن للمالك بينة يمنع الاذن ابتداء فكذا بقاء لعدم ما يدل عليه
ولو عاد من الاباق فالصحيح ان الاذن لا يعود قال رحمه الله والاستيلاد اي الامة الماذون لها تصير محجورا
عليها باستيلادها المولى وقال زفر لا تصير محجورا عليها وهو القياس لان المولى اذا اذن لام ولده ابتداء
يجوز فكذا بقاء وجه الاستحسان ان العادة جرت بتحصين امهات الاولاد وانه لا يرضى بخروجها واختلاطها
بالرجال في المعاملة والتجارة ودليل الحجر كصريحه كما قلنا بخلاف ما اذا اذن لام ولده صريحا لان الصريح
يفوق الدلالة فكان اولى بالاخذ به ونظيره اذا قدم مائدة لانسان يكون اذنا منه بالاكل حتى حل له
التناول ثم اذا نهاه صريحا عن الاكل لا تعتبر الدلالة قال رحمه الله لا بالتدبير يعني الماذون لها لا تصير محجورا
عليها بالتدبير لان العادة لم تجر بتحصين المدبرة فلم يوجد دليل الحجر فبقيت على ما كانت اذ لا تنافي بين حكمي
التدبير والاذن لان حكم التدبير انعقاد حق الحرية في الحال وحقيقة الحرية في المال وحكم الاذن فك الحجر
وحق الحرية لا يمنع فكاك الحجر قال رحمه الله وضمن بهما قيمتهما للغرماء اي ضمن المولى بالاستيلاد والتدبير قيمتهما
لانه اتلف بالتدبير والاستيلاد محلا تعلق به حق الغرماء لان بفعله امتنع بيعهما بالبيع ليقضي حقهم
قال رحمه الله وان اقر بما في يده بعد حجره صح وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله سواء اقر بانه امانة عنده او غصب
او اقر بدين فيقضيه منه وقال ابو يوسف ومحمد لا يصح اقراره وهو القياس لان المصحح لاقراره هو الاذن
وقد زال بالحجر ويده على الاكساب قد بطلت بالحجر لان يد المحجور عليه غير معتبرة فصار كما اذا اخذه
المولى من يده بعد حجره عليه قبل اقراره او ثبت حجره بالبيع ونحوه او كان عليه دين مستغرق لما في يده
قبل الحجر فاقر بعد الحجر بدين اخر او كان الذي في يده من المال حصله بعد الحجر بالاحتطاب ونحوه ولهذا لا
يصح اقراره في حق رقبته بعد الحجر عليه حتى لا تباع رقبته بالدين بالاجماع ولا يلزم على هذا عدم اخذ
المولى ما اودعه عبده الغائب المحجور عليه لان منع المولى من اخذه هناك فيما اذا لم يعلم انه كسب
العبد حتى اذا علم انه كسبه كان له ان ياخذه ووجه الاستحسان ان المصحح لاقراره قبل الحجر عليه هو اليد
ولهذا لا يصح اقراره قبل الحجر عليه فيما اخذه المولى واليد باقية حقيقة وشرط بطلانها بالحجر حكما
فراغ ما في يده من الاكتساب عن حاجته واقراره دليل على تحققها بخلاف ما اذا انتزعه المولى من يده
قبل الاقرار لان يده قد زالت عنه ويد المولى ثابتة فيه حقيقة وحكما فلا تبطل باقراره وبخلاف
اقراره بعد ما باعه المولى من غيره لانه بالدخول في ملك غيره صار كعين اخر لما عرف ان تبدل الملك
كتبدل العين فصار اقراره كاقرار عبد اخر فلا يقبل فيما في يده كما لا يقبل فيما اخرجه من يده وبخلاف ما
اذا كان عليه دين مستغرق لما في يده وقت الحجر عليه لان حق اصحاب الديون تعلق بما في يده فلا يقبل
اقراره في ابطال حقهم فيقدمون على المقر له كالمريض يقر بدين وعليه دين في صحته فان اقراره لا يقبل

مطلب في اقرار المحجور

اي لو اقر بالجناية الموجبة للقطع او القصاص

كتبدل العين لتبدل الملك

فى حق غرمائه فيتقدمون عليه وبخلاف ما اكتسبه بعد الحجر لان حقهم لم يتعلق به لما ان حق الغرماء لم
يتعلق بكسب المحجور عليه وبخلاف رقبته لانها ليست فى يده ولان ملك المولى فى الرقبة ثابت حتى
ينفذ فيها اعتاقه وان كان على العبد دين مستغرق فلا يملك ابطاله بخلاف ما فى يده من الاكساب
فان المولى لا يملكه اذا استغرقه الدين ويد العبد فيه ثابتة حقيقة ولو ارتفعت لارتفعت حكما بالحجر
وشرط ارتفاعها بالحجر ان لا يكون عليه دين الا ترى ان المولى ممنوع عن ابطال يد العبد ما دام عليه دين
حتى يوفيه ولما كان شرط ولاية ابطال يد العبد عدم الدين لا يحكم بنفاذ الحجر فى حق زوال يد العبد
عما فى يده ما لم يثبت عدم الدين بدليله ولا يكتفى بثبوت عدم الدين لعدم دليل وجوده كمن قال (ثم صح)
لعبده ان دخل الدار اليوم فانت حر فمضى اليوم لم يعتق اذا ادعى المولى الدخول وان كان الاصل عدم
الدخول وهو ثابت لعدم دليل الدخول لان عدمه لما جعل شرطا لثبوت العتق لم ينفذ العتق بالعدم
الثابت لعدم دليل الوجود فكذا هذا وهو الذى تقوله الفقهاء الظاهر لا يصلح للاستحقاق ويصلح
للدفع وهو استصحاب الحال واذا لم يثبت الحجر عند هذا العدم فى حق ما فى يده بقى الاذن على حاله فى حقه
كانه لم يحجر عليه قال رحمه الله ولا يملك سيده ما فى يده لو احاط دينه بماله ورقبته فبطل تحريره عبدا
من كسبه وهذا عند ابى حنيفة وقالا يملك ما فى يده من كسبه وينفذ عتقه فى عبده ويغرم قيمته
للغرماء لانه يملك المأذون له فيملك كسبه بالضرورة لان ملك الرقبة سبب لملك كسب الرقبة
لان الرقبة اصل وكسبه فرع واستغراقهما بالدين لا يوجب خروج المأذون له عن ملكه حتى لو اعتقه نفذ
عتقه فيه وملكه وطى المأذون لها فكذا كسبه الذى فى يده لانه يتبع اصله فيكون مثله وتعلق حق
الغرماء به استيفاء لا يوجب خللا فى ملكه ولهذا وجب له حل وطى المأذون لها اذ الوطى لا يحل الا بكمال
الملك بخلاف الوارث اذا اعتق عبدا من التركة وهى كلها مشغولة بالدين حيث لا ينفذ العتق لان انتقال
الملك الى الوارث عند استغنائه عنه نظرا له ولهذا يقدم فى الارث الاقرب لان الصرف الى الاقرب انفع
فاذا كان عليه دين كان النظر له فى الصرف الى قضاء الدين دون النقل الى الورثة فلا يملكونه ولابى حنيفة
رحمه الله ان ملك المولى انما يثبت فى كسب العبد التاجر خلافة عنه عند فراغه عن حاجته كملك الوارث
على ما بيناه والمحيط به الدين مشغول بحاجته فلا يخلفه فيه ولا يدخل فى ملكه فلا يعتق باعتاقه (لان العبد متصرف لنفسه مخلص)
لانه لا عتق فيما لا يملك ابن ادم بخلاف رقبته لان المولى لا يخلفه فى ملك رقبته بل كان ما لكا له من قبل
الاذن فبقى ملكه بعد الدين على ما كان قبله وهو نظير المكاتب فان المولى يملك رقبته حتى يعتق باعتاقه
ولا يملك ما فى يده من اكسابه حتى لا ينفذ اعتاقه فيه فاذا نفذ عتقه فى رقبة المأذون له عنده
وعندهما فيه وفى كسبه يغرم المولى للغرماء قيمته لانه اتلف بالاعتاق ما تعلق به حقهم وكذا لو
اتلف المولى ما فى يده من العبد يضمن لما ذكرنا لكن يضمن قيمته للحال عندهما لانه ملكه وانما ضمنه
لتعلق حق الغير به وعنده فى ثلاث سنين لانه ضمان جناية لعدم ملكه ولو اشترى ذا رحم محرم
من المولى لم يعتق عنده لعدم الملك وعندهما يعتق ولو استولد جارية عبده المأذون له وعليه دين
مستغرق صارت ام ولد له ويضمن قيمتها ولا يضمن عقرها ولا قيمة ولدها وهذا بالاتفاق لان عندهما (حق صح)
ملكه باق حقيقة وعنده صادف الملك ولهذا لا يجوز للمولى ان يتزوجها ولو اعتقها المولى وعلى
العبد دين مستغرق لم وطيها فولدت عتقت بالاستيلاد وعليه العقر لها ويثبت نسب الولد منه
عند ابى حنيفة رحمه الله لان العتق يتوقف عنده على ان ينفذ عند تملكه الجارية الا ترى انه لو قضى دين
الغرماء او ابرأ الغرماء العبد عن ديونهم حتى ملك الجارية نفذ عتقه فكذا اذا ملك الجارية
بالاستيلاد ذكره فى المحيط قال رحمه الله وان لم يحط صح اى ان لم يحط الدين برقبته وبما فى يده

جاز عتقه وهذا بالاجماع اما عندهما فظاهر وكذا عنده فى قوله الاخر وفى قوله الاول لا يملك فلا يصح
اعتاقه لان الدين متعلق بكسبه وفى حق التعلق لا فرق بين القليل والكثير كما فى الرهن وجه قوله الاخر
ان الشرط هو الفراغ وبعضه فارغ وبعضه مشغول فلا يجوز ان يمتنع الملك فى الكل لان شرط عدم (اى شرط صحة العتق)
الملك لم يوجد فى الكل ولا يجوز ان يمتنع بقدره لان البعض ليس باولى من البعض فيثبت الملك فى الكل
ولانه لا يخلو عن قليل دين ولو جعل القليل مانعا لانسد باب الانتفاع بكسب عبده فيختل ما هو المقصود
من الاذن واصله ان استغراق التركة بالدين يمنع ملك الوارث فى التركة وان كان غير مستغرق فهى
قول ابى حنيفة الاول كذلك وفى قوله الاخر يملك الوارث جميع التركة على ما يجى تقريره من قريب ان شاء الله
قال رحمه الله ولم يصح بيعه من سيده الا بمثل القيمة لانه لا تهمة فى البيع له بمثل القيمة فيجوز وبأقل
منه فيه تهمة فلا يجوز وهذا لان تعلق حق الغرماء تعلق بالمالية فليس له ان يبطل حقهم بخلاف ما اذا
حابا الاجنبى عند ابى حنيفة رحمه الله لانه لا تهمة فيه وبخلاف ما اذا باع المريض عينا من وارثه بمثل قيمتها
حيث لا يجوز عند ابى حنيفة رحمه الله لان المريض ممنوع عن ايثار بعض الورثة بالعين لان الناس لهم اغراض فى
العين فلا يملك ايثار بعض الورثة بها وفى حق غيرهم ممنوع عن ابطال المالية حتى كان له ان يبيع جميع ماله
بمثل القيمة وباقل منه الى ثلثى القيمة اذا لم يكن عليه دين لان له ان يحابي بقدر الثلث كما يجوز له ان يتبرع
به وبعد موت المريض الغرماء احق بالمالية والورثة احق بالعين حتى كان لهم ان يستخلصوها بالقيمة
وكذا البعضهم اذا سلم البعض وهذا الحق لهم فى التركة يحق المولى فى مال عبده المأذون له المديون حتى كان
له استخلاصه بالقيمة وحق الغرماء فى الموضعين لم يتعلق الا بالمالية حتى لا يكون لهم الاستخلاص بالقيمة
اصلا وقال ابو يوسف ومحمد ان باع من المولى جاز البيع فاحشا كان الغبن او يسيرا ولكن يخير بين ان يزيل
الغبن وبين ان ينقض البيع لان فى المحاباة ابطال حق الغرماء فى المالية فيتضررون به بخلاف البيع من
الاجنبى بالغبن اليسير حيث يجوز عندهما ولا يؤمر المشترى بازالته والمولى يؤمر بازالته لان البيع
باليسير من الغبن متردد بين التبرع والبيع لدخوله تحت تقويم المتقومين فاعتبرناه تبرعا فى البيع مع
المولى للتهمة غير تبرع فى حق الاجنبى لعدمها وبخلاف ما اذا باع من الاجنبى بالكثير من المحاباة حيث
لا يجوز اصلا عندهما ومن المولى يجوز ويؤمر بازالة المحاباة لان المحاباة لا تجوز من العبد المأذون له على اصلهما
الا باذن المولى ولا اذن فى البيع من الاجنبى وهو اذن فيما يشتريه بنفسه غير ان ازالة المحاباة لحق الغرماء
واختلفوا فى قول ابى حنيفة رحمه الله قيل يفسد البيع لان رده البيع للتهمة فاشبه بيع المريض من وارثه
بخلاف بيعه له بمثل القيمة حيث يجوز لانه لا تهمة فيه بخلاف بيع المريض من وارثه بمثل القيمة عنده
حيث لا يجوز لما ذكرنا والاصح ان قوله كقولهما الا ان المولى بسبيل من تخليص كسبه لنفسه بالقيمة دون
البيع فلان يكون له ذلك بالبيع اولى فصار تصرفه مع مولاه كتصرف المريض المديون مع الاجنبى والغبن
الفاحش واليسير سواء عنده كقولهما قال رحمه الله وان باع سيده منه بمثل قيمته او اقل صح لان المولى اجنبى
عن كسبه عنده اذا كان عليه دين والكلام فيه لانه لا يملك كسبه فيخرج المبيع عن ملكه فيصح كما فى
الاجنبى وعندهما كما جاز البيع يعتمد الفائدة وقد وجدت فان المولى يستحق اخذ الثمن والعبد المبيع
فيثبت لكل واحد منهما ما لم يكن ثابتا قبل ذلك فافاد قال رحمه الله ويبطل الثمن لو سلم قبل قبضه اى لو سلم
المولى المبيع قبل قبض الثمن بطل الثمن فلا يطالب العبد بشئ لانه بتسليم المبيع سقط حقه فى الحبس
ولا يجب له على عبده دين فخرج مجانا بخلاف ما اذا كان الثمن عرضا حيث يكون المولى احق به من الغرماء
لانه تعين بالعقد فملكه به عنده وعندهما تعلق حقه بعينه فكان احق به من الغرماء اذ هو ليس
بدين يجب فى ذمة العبد ويجوز ان يكون عين ملكه فى يد عبده وهو احق به من الغرماء كما لو غصب

(اى المولى)

(قوله فى هذه الصورة وهى بيعه من سيده باكثير من المحاباة)

العبد شيئا من ماله اي اودع ماله عند عبده او قبض المبيع بغير اذن المولى وبخلاف ما اذا باع العبد من سيده
فسلم اليه المبيع قبل قبض الثمن حيث لا يسقط الثمن لانه يجوز ان يثبت للعبد المأذون له المديون دين
على مولاه الا ترى انه لو استهلك المولى شيئا من اكساب عبده المأذون المديون ضمن للعبد هذا جواب
ظاهر الرواية وعن ابي يوسف ان للمولى ان يسترد المبيع ان كان قائما في يد العبد ويحبسه حتى يستوفي الثمن
لان المولى لم يسقط حقه من العين الا بشرط ان يسلم له الثمن ولم يسلم فبقي حقه في العين على حاله فيتمكن
من استرداده ما بقي العين قائما في يده لانه يجوز ان يكون العين المملوكة للمولى في يد عبده فكذا يجوز
ان يكون له ملك اليد فيه واما بعد الاستهلاك فقد صار دينا فلا يمكن ابقاؤه على عبده قال رحمه
وله حبس المبيع بالثمن اي للمولى حبس المبيع حتى يستوفي الثمن من العبد لان البيع لا يزيل ملك اليد ما لم
يصل اليه الثمن فبقي ملك اليد للمولى على ما كان عليه حتى يستوفي الثمن ولهذا كان اخص به من سائر الغرماء
ولان الدين تعلق بالعين لانه يقابله ويسلم بسلامتها فكان له شبهة بالعين المقابل له فيكون للمولى
حق فيه لتعلق حقه بالعين ولهذا لا يستوجب بدل الكتابة على المكاتب لما انه مقابل برقبته مع انه لا
يجب على عبده دين بخلاف ما اذا سلم المولى المبيع اولا حيث يسقط دينه لذهاب تعلق حقه بالعين
فيصير الثمن دينا مطلقا فيسقط ولو باع المولى شيئا من العبد باكثر من قيمته يؤمر بازالة المحاباة او نقض
البيع قليلة كانت المحاباة او كثيرة لان الزيادة تعلق بها حق الغرماء كما بينا في جانب العبد بخلاف ما اذا
اشترى من عبده المولى حيث يجوز اليسير من المحاباة عندهما وعنده يجوز مطلقا والمعنى قد بيناه وقوله
يؤمر بازالة المحاباة يدل على ان البيع يقع جائزا ويجوز ان يكون على الروايتين عند ابي حنيفة على ما بيناه وهذا
كله فيما اذا كان عليه دين وان لم يكن عليه دين لا يجوز مبايعته مع المولى لعدم الفائدة لان الكل ماله ولا حق
فيه لغيره قال رحمه وصح اعتاقه اي جاز اعتاق المولى عبده المأذون له المستغرق بالدين وهذا بالاجماع
لقيام ملكه فيه وانما الخلاف في اكسابه بعد الاستغراق بالدين وقد بيناه قال رحمه وضمن قيمته لغرمائه
اي المولى يضمن قيمة المعتق لغرمائه لانه اتلف ما تعلق به حقهم بيعا واستيفاء من ثمنه ولا وجه لرد
العتق لانه لا يقبل الفسخ فاوجبنا الضمان عليه دفعا للضرر عن الغرماء بخلاف ما اذا كان المأذون له
مدبرا او ام ولد حيث لا يجب الضمان باعتاقهما للغرماء لان حق الغرماء لم يتعلق برقبتهما استيفاء
بالبيع فلم يكن المولى متلفا حقهم فلم يضمن شيئا وان كان الدين اقل من القيمة ضمن الدين لا غير لانه حقهم
وان كان الدين اكثر من قيمته ضمن قيمته بالغا ما بلغت لان حقهم تعلق بماليته فيضمنها كما اذا اعتق
الراهن المرهون بخلاف ضمان الجناية على العبد حيث لا يبلغ به دية الحر لان القيمة هناك بدل الادمي
من وجه فلا يبلغ به دية الحر وكذا هنا لا يختلف بين ما اذا علم المولى بالدين او لم يعلم لانه اتلاف
العين لما تعلق به حقهم بخلاف اعتاق العبد الجاني حيث يجب على المولى جميع الارش ان كان اعتاقه بعد
علمه بالجناية لان الواجب فيها على المولى وهو مخير بين الدفع والفداء فيكون مختارا الفداء بالاعتاق عالما
ولا كذلك هنا لان المولى ليس عليه شيء وانما يضمن باعتبار تفويت حقهم كاتلاف مال الغير وذلك لا يختلف
بين العلم وعدمه وكذا لو كان الجاني مدبرا او ام ولد يجب على المولى قيمته لعجزه عن دفعه لفعله من
غير ان يصير مختارا وهنا لا يجب لما بينا قال رحمه وطولب لغرمائه بعد عتقه اي لغرمائه ان يطالبوه
بعد الحرية ان بقي من دينهم شيء ولم يف به القيمة لان الدين مستقر في ذمته لوجود سببه وعدم ما
يسقطه والمولى لا يلزمه الا قدر ما اتلف فبقي الباقي عليه كما كان فيرجع به عليه ولهذا كان لهم ان يتبعوا
العبد بالكل ويبرئ المولى عنه لان دينهم عليه فاذا اختاروا اتباع احدهما لا يبرأ الاخر كالكفيل مع
المكفول عنه بخلاف الغاصب مع غاصب الغاصب لان هناك الضمان واجب على احدهما فاذا اختار

تضمين احدهما يبرئ الاخر ضرورة وهنا وجب على كل واحد منهما دين على حدة ولو اعتقه المولى باذن الغرماء
فلهم ان يضمنوا مولاه القيمة وليس هذا كاعتاق الراهن باذن المرتهن وهو معسر لانه قد خرج من الرهن باذنه
والعبد المأذون له لا يبرأ من الدين باذن الغريم ذكره في المحيط قال رحمه وان باعه سيده وغيبه المشتري
ضمن الغرماء البائع قيمته لانه متعد ببيعه وتسليمه الى المشتري قال رحمه وان رد عليه بعيب رجع بقيمته
وحق الغرماء في العبد اي ان رد المشتري العبد على البائع بالعيب بعد ما ضمنه الغرماء قيمته
رجع المولى بقيمته على الغرماء وكان حق الغرماء في العبد لان سبب الضمان قد زال وهو البيع والتسليم
فصار كالغاصب اذا باع وسلم وضمن القيمة ثم رد عليه بالعيب كان له ان يرد المغصوب على المالك
ويرجع عليه بالقيمة التي دفعها اليه هذا اذا رده عليه قبل القبض مطلقا او بعده بقضاء لانه فسخ
من كل وجه وكذا اذا رده عليه بخيار الرؤية او الشرط وان رده بعيب بعد القبض بغير قضاء فلا سبيل
للغرماء على العبد ولا للمولى على القيمة لان الرد بالتراضي اقالة وهي بيع في حق غيرهما وان فضل من
دينهم شيء رجعوا على العبد بعد الحرية قال رحمه او مشتريه اي او ضمنوا مشتريه وهو معطوف على
البائع وتقديره وان باعه سيده وغيبه المشتري ضمن الغرماء البائع وهو المولى قيمته او ضمنوا
مشتري العبد قيمته لان كل واحد منهما متعد في حق الغرماء البائع لما ذكرنا والمشتري بالشراء والقبض والتغييب
قال رحمه او اجازوا البيع واخذوا الثمن اي الغرماء ان شاؤا اجازوا البيع واخذوا ثمن العبد ولا يضمنوا
احدا القيمة لان الحق لهم والاجازة اللاحقة كالاذن السابق كما اذا باع الراهن الرهن ثم اجاز المرتهن
البيع بخلاف ما اذا كفل عن غيره بغير امره ثم اجاز لانها وقعت غير موجبة للرجوع ولم يتوقف نفاذ الكفالة
ولزومها على الاجازة بل نفذت على الكفيل غير موجبة للرجوع فلا تنقلب موجبة له ولا كذلك ما نحن فيه
فحاصله ان الغرماء مخيرون بين ثلاثة اشياء اجازة البيع وتضمين ايهما شاؤا ثم ان ضمنوا المشتري
رجع المشتري بالثمن على البائع لان اخذ القيمة منه كاخذ العين وان ضمنوا البائع سلم المبيع للمشتري
وتم البيع لزوال المانع وايهما اختاروا تضمينه برئ الاخر حتى لا يرجعون عليه وان توت القيمة عند
الذي اختاروه لانه مخير بين شيئين اذا اختار احدهما تعين حقه فيه وليس له ان يختار الاخر ولو
ظهر العبد بعد ما اختاروا تضمين احدهما ليس لهم عليه سبيل ان كان القاضي قضى لهم بالقيمة
ببينة او باباء يمين لان حقهم تحول الى القيمة بالقضاء وان قضى بالقيمة بقول الخصم مع يمينه وقد ادعى
الغرماء اكثر منه فهم بالخيار فيه ان شاؤا رضوا بالقيمة وان شاؤا ردوها واخذوا العبد فبيع لهم لانه
لم يصل اليهم كمال حقهم بزعمهم وهو نظير المغصوب في ذلك كذا ذكره في النهاية وعزاه الى المبسوط
قال الراجي عفو ربه الحكم المذكور في المغصوب مشروط بان تظهر العين وقيمتها اكثر مما ضمن
ولم يشترط هنا ذلك وانما شرط ان يدعي الغرماء اكثر مما ضمن وان كمال حقهم لم يصل اليهم بزعمهم
وبينهما تفاوت كثير لان الدعوى قد تكون غير مطابق فيجوز ان يكون قيمته مثل ما ضمن او اقل
فلا يثبت لهم الخيار فيه وانما يثبت لهم الخيار اذا ظهر وقيمته اكثر مما ضمن فلا يكون المذكور هنا
مخلصا قال رحمه وان باعه سيده واعلم بالدين فللغرماء رد البيع لان حقهم تعلق به وهو حق الاستسعاء
او الاستيفاء من رقبته وفي كل منهما فائدة فالاول تام مؤخر والثاني ناقص معجل وبالبيع تفوت
هذه الخيرة فكان لهم رده وفائدة الاعلام بالدين سقوط خيار المشتري في الرد بعيب الدين حتى يلزم
البيع في حق المتعاقدين وان لم يكن لازما في حق الغرماء هذا اذا كان الدين حالا وكان البيع من غير طلب
الغرماء والثمن لا يفي بديونهم فاذا كان دينهم مؤجلا فالبيع جائز لانه باع ملكه وهو قادر على تسليمه
ولم يتعلق به حق لغيره لان حق الغرماء متاخر بخلاف الراهن بالدين المؤجل حيث لا يجوز له بيعه

الاجارة اللاحقة كالاذن السابق

او يرجع الكفيل بما كفل

لان للغرماء حق ملك اليد فيه فلا يقدر المولى على تسليمه ولابد للغرماء في العبد الماذون له ولا في كسبه
وانما تعلق حقهم بماليته لقضاء الدين منه وذلك متاخر الى ما بعد حلول الاجل وكذا اذا كان البيع
بطلبهم لان البيع وقع لاجلهم واذنهم في البيع بمنزلة بيعهم بانفسهم فلا ينتقض وكذا اذا كان الثمن
يفي بديونهم ودفعه اليهم لان حقهم قد وصل اليهم فينفذ البيع لزوال المانع وقال صاحب الهداية
قالوا تاويله اذا لم يصل اليهم الثمن فان وصل ولا محاباة في البيع ليس لهم ان يردوه لوصول حقهم
وفيه نظر لانه يشير الى انهم لا يكون لهم خيار الفسخ عند وصول الثمن اليهم اذا لم يكن في البيع محاباة
وان لم يف الثمن بحقهم وان كان فيه محاباة يثبت لهم خيار الفسخ وان وفى الثمن بحقهم وليس كذلك
بل لهم خيار الفسخ اذا لم يف الثمن بحقهم وان لم يكن فيه محاباة لاحتمال الاستيفاء وقد ذكره بنفسه
قبله ولا خيار لهم ان وفى الثمن بحقهم وان كان فيه محاباة لوصول حقهم اليهم ولو قال تاويل المسئلة
فيما اذا باعه بثمن لا يفي بديونهم استقام وزال الاشكال لان الثمن اذا لم يف بديونهم نقض البيع كيف ما
كان واذا وفى ليس لهم نقضه كيف ما كان واذا لم يوجد شيء مما ذكرنا من تاجيلهم الدين وطلبهم البيع
ووفاء الثمن بالدين فالبيع موقوف حتى يجوز باجازة الغرماء وهي مسئلة الكتاب على ما بيناه وذكر محمد
في الاصل انه باطل واختلفوا في معناه فقال بعضهم معناه انه سيبطل لان البيع موقوف وللغرماء
حق ابطاله وقال بعضهم معناه انه فاسد بدليل ما قال في الاصل انه اذا اعتقه المشتري بعد
القبض او دبره صح ذلك ويلزمه قيمته قال رحمه الله فان غاب البايع فالمشتري ليس بخصم لهم اي لو باع
المولى عبده المديون وقبضه المشتري ثم غاب البايع لا يكون المشتري خصما للغرماء اذا انكر المشتري
الدين وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف يكون المشتري خصما ويقضي لهم بديونهم وعلى هذا
الخلاف اذا اشترى دارا ووهبها وسلمها اليه ثم غاب المشتري الواهب ثم حضر الشفيع فان الموهوب له
لا يكون خصما عندهما خلافا له وعنهما مثل قوله في الشفعة هو يقول ان ذا اليد يدعي الملك لنفسه في العين
فيكون خصما لكل من ينازعه فيها كما لو ادعى ملك العبد لا لنفسه او ادعى رجل انه رهن عنده ولهما
ان الدعوى تتضمن فسخ العقد وهو قايم بالبايع والمشتري فيكون الفسخ قضاء على الغايب والحاضر
ليس بخصم عنه ولانا لو جعلناه خصما لا يفيد لانه لو ادعى الحال لا يجعل خصما في الانتقال لانهم اذا اثبتوا
الدين لا يمكن بيعه بديونهم لانه يعود الى ملك البايع وهو غايب وفي بيعه قضاء على الغايب وهو
لا يجوز بخلاف ما اذا ادعوا الملك لان صاحب اليد يظهر في الانتقال انه كان غاصبا منهم والغاصب
يكون خصما للمغصوب منه وبخلاف دعوى الرهن لان فيه فايدة اذ الرهن لا يباع ولو صدقهم المشتري
في الدين كان للغرماء ان يردوا البيع بالاجماع لان اقراره حجة عليه فيفسخ بيعه اذا لم يف الثمن بديونهم
ولو كان البايع حاضرا والمشتري غايبا فلا خصومة بينهم وبين البايع بالاجماع حتى يحضر المشتري
لان الملك واليد للمشتري ولا يمكن ابطالهما وهو غايب فما لم يبطل ملكه لا تكون الرقبة محلا لحقهم
لكن لهم ان يضمنوا البايع قيمته لانه صار مفوتا حقهم بالبيع والتسليم فاذا ضمنوه القيمة جاز البيع
فيه وكان الثمن للبايع وان اختاروا اجازة البيع اخذوا الثمن لان الاجازة اللاحقة كالاذن السابق
ثم المولى ببيع عبده الماذون له المديون بعد العلم بالدين لم يصر مختارا للفداء بالقيمة وببيع
العبد الجاني بعد العلم بالجناية يصير مختارا للفداء بالارش لان الدين هنا على العبد بحيث لا يبرا
بالعتق ولا يجب على المولى شيء ولو اختار المولى الفداء صريحا بان قال انا اقضي دينه كان عدة منه تبرعا
فلا يلزمه بخلاف الجناية لان موجبها على المولى خاصة دون العبد فاذا الفداء عليه الا ان يدفع بتصرفه
تعين الارش عليه وبقي دينا على حاله قال رحمه الله ومن قدم مصرا وقال انا عبد زيد فاشترى وباع

لزمه كل شيء من التجارة اي يقبل قوله في الاذن في حق كسبه حتى يقضي دينه من كسبه والمسئلة
على وجهين احدهما ان يخبر ان مولاه اذن له فيصدق استحسانا عدلا كان او غير عدل والقياس
ان لا يصدق الا بحجة لعقوله عليه السلام البينة على المدعي وكذا القياس ان يشترط العدالة في المخبر
لان جانب الصدق بها يترجح ووجه الاستحسان ان الناس تعاملوه من غير اشتراط شيء من ذلك
واجماع المسلمين حجة يخص به الاثر ويترك به القياس ولان في ذلك ضرورة وبلوى فان الاذن لابد
منه لصحة تصرفه واقامة الحجة عند كل عقد غير ممكن وما ضاق على الناس امره اتسع حكمه وما عمت
بليته سقطت قضيته وكذا على هذا القياس والاستحسان دعوى الوكالة والمضاربة والشركة
والبضاعة وما اشبهها والثاني ان يبيع ويشتري ولا يخبر بشيء منه فالقياس فيه ان لا يثبت الاذن
لان السكوت محتمل وفي الاستحسان يثبت لان الظاهر انه ماذون له لان عقله ودينه يمنعانه عن ارتكاب
الحرام فوجب حمله عليه لوجوب حمل امور المسلمين على الصلاح ما امكن فالعمل بالدليل الظاهر هو الاصل
في المعاملات دفعا للضرر عن العباد ولا يشترط فيه الاخبار انه ماذون له بل يكتفي بظاهر حاله فاذا
ثبت انه ماذون بظاهر حاله صح تصرفاته حتى يظهر خلاف ذلك ولزمته الديون فتستوفى من كسبه
وان لم يف الكسب بالدين لا تباع رقبته لان ملك المولى في رقبته ثابت فلا يصدق اقراره على مولاه
ولا يلزم من وجوب الدين عليه ان يباع به الا ترى ان المدبر وام الولد لا يباعان بالدين بخلاف الكسب
لان المولى لا يملكه ما دام مشغولا بحاجة العبد وانما يخلفه في الفاضل عن حاجته قال رحمه الله فان
حضر واقر باذنه بيع والا فلا اي لو حضر المولى فاقر بالاذن بيع بالدين لظهور الدين في حقه باقراره
وان قال هو محجور عليه كان القول قوله لتمسكه بالظاهر فلا يباع الا اذا اثبت الغرماء الاذن منه بالبينة
فيباع لان الثابت بالبينة كالثابت عيانا اذ هي مبينة كاسمها قال رحمه الله واذا اذن للصبي والمعتوه
الذي يعقل البيع والشراء وليه فهو في الشراء والبيع كالعبد الماذون له يعني في جميع ما ذكرنا من الاحكام
من انه لا يتقيد بنوع دون نوع ويكون ماذونا له بسكوت الولي حين ما يراه يبيع ويشتري ويصح اقراره
بما في يده من كسبه ويجوز بيعه بالغبن الفاحش عنده خلافا لهما الى غير ذلك من الاحكام التي ذكرناها
في العبد والمراد بكونه يعقل البيع ان يعلم ان البيع سالب للملك والشراء جالب له وان يقصد به الربح
ويعرف به الغبن اليسير من الفاحش وقال الشافعي لا تنفذ تصرفاته واصل الخلاف بيننا وبينه
في ان عبارته صالحة للعقود الشرعية عندنا فيما هو متردد بين النفع والضرر والنفع المحض وعنده
غير صالحة حتى لو توكل بالتصرف جاز وعنده لا يجوز له قوله تعالى ولا تؤتوا السفهاء اموالكم وقوله تعالى
حتى اذا بلغوا النكاح فان انستم منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم شرط البلوغ والرشد للدفع اليهم
في هذه الاية ونهى عن الدفع الى السفهاء في الاولى وهما سفيهان وليسا بالغين ولانهما محجور عليهما
لاجل الصغر فهما نزعا وعلة الحجر قايمة بهما فلا يزول بالاذن بخلاف العبد لان الحجر رعاية لحق غيره
وهو المولى وقد زال بالاذن ولانهما مولى عليهما في هذا التصرف حتى يملكه الولي ويملك حجرهما فلا
يصلحان ان يكونا وليين للتنافي لان كونهما موليا عليهما بسبب العجز وكونهما وليان بسبب القدرة
والعجز والقدرة لا يجتمعان فصار كالعتق والطلاق بخلاف الصوم والصلاة والوصية واختيار
الصبي احد ابويه على اصله لان الولي لا يتولى هذه الاشياء فلا يكون موليا عليه فلا تنافي فيصح منه
ولانه فيه ضرورة لعدم امكان تحصيله من جهة الولي فقلنا بصحتها منه كيلا تفوته هذه المصالح
بخلاف البيع والشراء ولنا قوله تعالى وابتلوا اليتامى امر بالابتلاء وهو الامتحان والاختبار هل هو
رشيد ام لا وذلك بان ياذن له في التجارة وهذا يفيد ان الصبي اهل للتصرف وان تصرفه جايز

اى اصل السوق

حتى يحضر سيده مسكين

من التجارة

حتى لو لم يعلم ذلك لا يصح للاذن مسكين

لان اليتيم حقيقة اسم للصغير الذي لم يبلغ لقوله عليه السلام لا يتم بعد الاحتلام وقوله تعالى وابتلوا اليتامى
امر الهم بعد الامر بدفع اموالهم اليهم فلولا ان تصرفهم معتبر شرعا لما امر بدفعه اليهم لان الدفع
اليهم تمكين لهم من التصرف فيه ولان التصرف المشروع صدر من اهله مضافا الى محله عن ولاية شرعية
فوجب القول بنفاذه كالعبد المأذون له ولا خفاء في شرعية التصرف والمحلية وكذا في الاهلية لان الاهلية
للتصرف بالتكلم عن تمييز وبيان لا عن تلقين من غير تمييز والكلام في مثله فيثبت الولاية صونا لكلامه
عن الالغاء والحجر عليه لعدم هدايته الى التصرف لا لذاته وباذن الولي يستدل على ثبوت هدايته الى
التصرف اذ لا ياذن له ظاهرا الا بعد معرفة هدايته وبقاء ولاية الولي لاجل النظر له ليتسع له طرق
التحصيل فيحصل له بطريقين بمباشرته ومباشرة الولي وتمكن الولي من حجره لاحتمال تبدل حاله ومتى
جعلناه وليا باعتبار الاهلية لم نجعله موليا عليه ومتى جعلناه موليا عليه باعتبار قصور الولاية
لم نجعله وليا فيه فحاصله انه يعرف المصالح ويبعد من المضار وهو مستحق للنظر ومصون عن الضرر وفي
اعتبار كلامه ذلك وفي عدم اعتباره اهدار ذمته والحاقه بالبهائم وهو ضرر محض بخلاف الطلاق
والعتاق لانه ضرر محض فلم يؤهل له ولا يملكه وان اذن له الولي والنافع المحض كقبول الهبة والصدقة
يؤهل له قبل الاذن ويملكه والمتردد بينهما كالبيع والشراء والاجارة ونحوها يؤهل له بعد الاذن
ويملكه ولا يملكه قبله للاحتمال مع انه اهل التصرف لما ذكرنا حتى لو باشره قبل الاذن يكون موقوفا على
اجازة الولي حتى اذا راى فيه مصلحة اجازه وهذا لانه يشبه البالغ من حيث انه عاقل مميز ويشبه
المجنون والطفل الذي لا يميز من حيث انه لم يتوجه عليه الخطاب وفي عقله قصور والغير عليه ولاية
فالحقناه بالبالغ في التصرف النافع وبالمجنون في الضار وفي المتردد بالمجنون قبل الاذن وبالبالغ بعده
ولا يقال قد يقع البيع ايضا نفعا محضا بان باع شيئا باضعاف قيمته فاذا وقع ذلك ينبغي ان ينفذ بلا
اجازة الولي لان العبرة للاصل وضعه دون ما يعرض له باتفاق الحال والبيع في اصل وضعه متردد بخلاف
الهبة لانها ضرر محض وقبولها نفع محض ولا مدخل للولي فيهما والنهي عن الدفع في الاية اموالنا وكلوا منها
وقع في اموالهم المذكورة في الاية الثانية الدفع اليهم اموالهم عند البلوغ وعند ايناس الرشد منهم
وذلك لا ينفي الدفع في غير تلك الحالة لما عرف ان تخصيص الشيء بالذكر لا ينفي الحكم عما عداه على ان النهي
انه سفيه بل هو رشيد لان كلامنا فيما علم رشده فيتناوله النهي والمراد بالولي الذي له التصرف في المال
وهو ابوه ثم وصي الاب ثم جده اب ابيه ثم وصي جده ثم الوالي ثم القاضي او وصي القاضي واما غير
الاصول من العصبة كالعم والاخ او غيرهم كالام ووصيها وصاحب الشرطة لا يصح اذنهم له لانهم
ليس لهم ان يتصرفوا في ماله تجارة فكذا لا يملكون الاذن له فيها ولانهم لا يملكون التصرف في
ماله فكذا لا يملكون الاذن له في التجارة وكذا الصبي والمعتوه ان ياذن لعبده ايضا لان الاذن في التجارة
تجارة معنى وليس لابن المعتوه ان ياذن لابيه المعتوه ولا ان يتصرف في ماله وكذا اذا كان الاب مجنونا
لان ولاية التصرف في مال القريب لا تثبت الا اذا كان المتصرف كامل الراي وافر الشفقة وليس للابن وفور
الشفقة فلا يملكه بخلاف الاب والجد فانهما وافرا الشفقة كاملا الراي فيملكانه ووصيهما قائم
مقامهما فيكون معتبرا بهما فيملك الاذن للصغير والمعتوه الذي بلغ معتوها ولعبدهما كما يملكانه
وان بلغ رشيدا ثم عته كان الفقيه ابو بكر البلخي يقول لا يصح الاذن له قياسا وهو قول ابي يوسف
ويصح استحسانا وهو قول محمد وليس للصبي والمعتوه المأذون لهما ان يتزوجا ولا يزوجا مماليكهما
لانه ليس من التجارة الا ان ياذن لهما الولي بالتزوج او بتزويج الامة لان الولي يملك ذلك فيملك
تفويضه اليهما ولا يملك تزويج العبد فلا يملك تفويضه اليهما بخلاف الولي فانه يملك تزويج

في التصرفات ثلاث مراتب

المراد به المأذون بسياق الكلام

عبد عبده المأذون فيملك العبد ايضا اذا فوض اليه صريحا وان كان لا يملك عند الطلاق لا الاذن
فحاصله ان الصبي والمعتوه المأذون لهما كالعبد المأذون له في جميع ما ذكرنا من الاحكام الا ان الولي
لا يمنع من التصرف في مالهما ان كان عليهما دين ولا يقبل اقراره عليهما وان لم يكن عليهما دين بخلاف
المولى والفرق ان اقرار الولي عليهما شهادة لانه اقرار على غيره فلا يقبل ودينهما غير متعلق بمالهما
وانما هو في الذمة لانهما حران فكان للولي ان يتصرف فيه بعد الدين كما كان قبله فان قيل اذا لم يملك
المولى الاقرار عليهما فكيف يملكانه وهو لا يتهيا استفادة منه قلنا لما انفك الحجر عنهما صار كما اذا
انفك بالبلوغ فيقبل اقرارهما على انفسهما بخلاف الولي لانه اقرار على غيره فلا يقبل على ما بيناه ولانهما
لو لم يقبل اقرارهما يمتنع الناس من معاملتهما فلا يحصل المقصود بالاذن فالجات الضرورة الى قبوله
فيما هو من التجارة لان الضرورة فيها حتى لو اقر بعين موروثة في ملكهما لا يقبل اقرارهما فيما روى
الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله لعدم الحاجة الى القبول لانه ليس من باب التجارة وفي ظاهر الرواية يقبل
لما ذكرنا ان انفكاك حجره بالاذن كانفكاكه بالبلوغ في حق الاموال والله اعلم

فصل

قال رحمه الله غير الاب والجد لا يتولى طرفي العقد في المعاوضة المالية لان حقوق العقد ترجع الى العاقد فيصير
الواحد مطالبا ومطالبا ومسلما ومتسلما وهو محال وكذا الاب والجد قياسا وهو قول زفر ويجوز استحسانا
لانه بكمال شفقته قام مقام شخصين وعبارته مقام عبارتين وراية مقام رايين فيجعل كانه باعه
منه وهو بالغ ثم يحمل الحقوق بحق الابوة لا بحكم العقد نيابة عنه حتى اذا بلغ الصغير كانت العهدة
على الصغير وفيما اذا باع ماله من اجنبي فبلغ الصغير كانت العهدة على الاب فاذا كانت العهدة بطريق
التحمل لا بحكم العقد لا يؤدي الى الاستحالة ولو اشترى مال ولده الصغير او باع ماله منه بغبن يسير صح
ويكفيه ان يقول بعته منه او اشتريته له لان كلامه قام مقام كلامين ولان نفس القبول لا يعتبر
وانما يعتبر الرضى ولهذا ينعقد بالتعاطي من غير ايجاب وقبول وقد وجدت دلالة الرضى ولو وكل
رجلا بان يبيع عبده من ابنه الصغير او يشتري عبده له ففعل لا يصح لعدم كمال هذه الشفقة فلا يمكن
الحاقه بالاب فبقي على اصل القياس الا اذا كان الاب حاضرا وقبل فانه يجوز وتكون العهدة من جانب الابن
على ابيه ومن جانب الاب على الوكيل لان تصرف الاب لنفسه مباح وللصغير فرض لانه من باب النظر فيجعل
الاب متصرفا للصغير تحقيقا للنظر ولو وكل رجلا بيع مال ولده فباع من موكله او باع الاب مال احد
ولديه من الاخر او اذن لهما فيه او لعبديهما او جعل كل واحد منهما وكيلا او وصيا صح ولو اذن لهما
او لعبديهما او وصيهما فتبايعا لم يجز لانهما استفادا ولاية التصرف منه وهو يملك بنفسه فكذا
الصبيان بخلاف ما لو اذن الاب لانه لو فعل بنفسه صح فكذا اذا فعل باذنه وصح بيع الوصي ماله من الصبي
او شراؤه منه بشرط نفع ظاهر وهو ان يبيع ما يساوي درهمين بدرهم وقيل ما يساوي الفا بثمانمائة
هذا عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما لا يجوز لما مر من الاستحالة وله ان الوصي مختار الاب ولكنه قاصر
الشفقة فعند حقيقة النظر يلحق بالاب ويروى رجوع ابي يوسف الى قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى

كتاب الغصب

الغصب في اللغة اخذ الشيء من الغير على وجه القهر مالا كان او غير
مال حتى يطلق على اخذ الحر ونحوه مما لا يتقوم على هذه الصفة اسم الغصب وقد زيد عليه اوصاف في
الشرع على ما بين قال رحمه الله هو ازالة اليد المحقة باثبات اليد المبطلة في مال متقوم محترم قابل
للنقل بغير اذن مالكه حتى لا يضمن الغاصب زوائد المغصوب اذا هلكت بغير تعد لعدم ازالة
يد المالك ولا ما صار مع المغصوب بغير صنعه كما اذا غصب دابة فتبعتها اخرى وولدها لا يضمن
الغاصب لعدم الصنع منه وكذا لو حبس المالك عن مواشيه حتى ضاعت لا يضمن لما ذكرنا وكذا لو

من يتولى طرفي العقد

اثبات اليد المبطلة وكذا لا يضمن غير المتقوم كالخمر او غير المحترم كمال الحربي في دار الحرب ولا مالا
يقبل النقل كالعقار وعند محمد رحمه الله الغصب هو تفويت يد المالك لا غير وعند الشافعي هو اثبات اليد
العادية لا غير حتى يضمن العقار بالغصب عندهما لوجود تفويت اليد فيه واثباتها ولا يضمن زوائد
الغصب عند محمد لعدم تفويت يد المالك فيها وعند الشافعي يضمنها لوجود اثبات اليد فيها وسنبينه
من قريب ان شاء الله تعالى قال رحمه الله فالاستخدام والحمل على الدابة غصب لا الجلوس على البساط لان الاستخدام
عبد الغير او الحمل على دابة الغير بغير اذن المالك اثبت فيه اليد المتصرفة ومن ضرورة ثبوت يده
ازالة يد المالك عنه فتحقق الغصب فيضمن بخلاف الجلوس على بساط الغير لان الجلوس عليه ليس
بتصرف فيه ولهذا لا يترجح به على المتعلق عند التنازع فلم يصر في يده والبسط فعل المالك فيبقى
يد المالك فيه ما بقي اثر فعله لعدم ما يزيلها بالنقل والتحويل ثم حكم الغصب الاثم ان تعمده والمغرم
وشرطه ان يكون المغصوب مالا متقوما قال رحمه الله ويجب رد عينه في مكان غصبه لقوله عليه السلام على اليد
ما اخذت حتى ترد ولقوله عليه السلام لا يحل لاحدكم ان يأخذ مال اخيه لاعبا ولا جادا وان اخذه فليرده
ولانه بالاخذ فوت عليه اليد وهي مقصودة لان المالك بها يتوصل الى تحصيل ثمرات الملك من الانتفاع
والتصرف ولهذا شرعت الكتابة والاذن مع انها لا تفيد سوى اليد فيجب عليه نسخ فعله دفعا للضرر
عنه فيعود الى ما كان واتم وجوهه رد عينه في مكان غصبه لان المالية تختلف باختلاف الاماكن ولهذا
تتفاوت القيمة به ورد العين هو الموجب الاصلي على ما قالوا لانه اعدل واكمل في رد الصورة والمعنى
ورد القيمة او المثل مخلص يصار اليه عند تعذر رد العين ولهذا يطالب برد العين قبل الهلاك ولو اتى
بالقيمة او المثل لا يعتد به لكونه قاصرا وكذا يبرأ الغاصب برد العين من غير علم المالك بان سلمه اليه
بجهة اخرى كما اذا وهبه له او اطعمه اياه فاكله والمالك لا يدري انه ملكه او نحو ذلك من تسليم بايداع
او رهن او نحوه ولو لم يكن هو الموجب الاصلي لما برئ الا اذا علم وقبضه عنه كما في قبض المثل والقيمة وقيل الموجب
الاصلي هو المثل او القيمة ورد العين مخلص ولهذا لو ابراه عن الضمان حال قيام العين يصح حتى لا يجب عليه
الضمان بالهلاك والابراء عن العين لا يصح وكذا الكفالة بالمغصوب تصح مع انها لا تصح بالعين وكذا لو كان
الغاصب نصابا ينتقص به كما ينتقص بالدين فدل على ان الواجب هو المثل او القيمة وكونه لا يصار اليه
مع القدرة على رد العين لا يدل على انه ليس باصل كالظهر مع الجمعة فان الظهر هو الاصل والجمعة خلف
عنه ولا يصار اليه الا عند العجز عن اقامتها وانما يبرأ الغاصب بالتسليم الى المالك من غير علمه لتعينه لان
حقه متعين في العين فصار كالمبيع بيعا فاسدا فان المشتري يبرأ برده باي وجه كان وان لم يعلم البائع
قلنا بخلاف المثل والقيمة لان حقه غير متعين في المقبوض بل حقه في مثله او قيمته من اي عين كان
وذلك لا يتعين الا باتفاقهما لاختلاف الناس في معرفة الامثال والقيم ولا كذلك العين لان حقه متعين
فيها فباي طريق وصل اليه ناب عن الواجب عليه فلغي ما عينه من الجهة كما في صوم رمضان لما كان
الوقت متعينا له صار عنه ولغي ما عينه من الجهة بخلاف غيره من العبادات حيث لا يتادى الا بالتعيين
لعدم التعيين وعند الشافعي لا يبرأ الغاصب باكل المالك الطعام المغصوب من غير علمه لانه ليس برد
بل هو خدعة وهذا لان الانسان يرغب في اكل مال غيره ما لا يرغب في اكل مال نفسه ولو علم ما اكل فلم يكن رادا
بتقديمه له الاكل من غير علمه قلنا هذه العادة مذمومة شرعا فلا تعتبر ولا تمنع وقوعه عن الواجب
قال رحمه الله او مثله ان هلك وهو مثلي اي يجب عليه مثل المغصوب ان كان مثليا وهلك عنده لقوله تعالى
فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ولان حق المالك ثابت في الصورة والمعنى وقد
امكن اعتبارهما بايجاب المثل فكان اعدل ولا فرق بين الغايت فكان اولى من القيمة واسمه ينبئ عن ذلك

قف لو ابراء عن الضمان حال قيام العين صح

تعريف المثل

فان المثل عبارة عما يقوم مقامه من كل وجه فكان ايجابه اعدل ولا معنى لقول الظاهرية ان الواجب
فيه القيمة باعتبار ان وجوب الضمان باعتبار المالية وهي القيمة لما ذكرنا انه اعدل وتسميته في الاية
اعتداء مجاز للمقابلة كقوله تعالى وجزاء سيئة سيئة مثلها والجزاء ليس بسيئة وانما سمي بها مجازا كذا هنا
الثاني ليس باعتداء قال رحمه الله وان انصرم المثل فقيمته يوم الخصومة اي ان انقطع المثل عن ايدي الناس
يجب على الغاصب قيمته وتعتبر قيمته يوم الخصومة وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف يوم الغصب
وقال محمد يوم الانقطاع لان المثل هو الواجب بالغصب في ذوات المثل فلا ينتقل الى القيمة الا بالعجز عنه والعجز
عنه يحصل بالانقطاع فتعتبر قيمته يومئذ وهذا لان المثل اعدل على ما بينا فلا يصار الى القيمة مع القدرة
عليه لقصورها فلو وجب قبل انقطاع المثل القدرة عليه لانها خلف عنه ولا يبقى وجوب المثل بعد انقطاعه
للعجز عنه فيتعين اعتبار قيمته يوم الانقطاع ولابي يوسف ان المثل لما انقطع التحق بذوات القيم وفيها
تعتبر القيمة يوم الغصب فكذا فيما التحق بها وهذا لان القيمة خلف عن المثل حتى لا يصار اليها الا
عند العجز والخلف يجب بما يجب به الاصل فوجب القول بوجوبها بالغصب كالمثل في المثلي والقيمة في غير المثلي
ولابي حنيفة رحمه الله ان المثل هو الواجب بالغصب وهو باق في ذمته ما لم يقض القاضي بالقيمة ولهذا لو صبر
حتى يعود المثل كان له ذلك وانما ينتقل الى القيمة بالقضاء حتى لا يعود الى المثل بوجوده بعد ذلك فتعتبر
قيمته وقت الانتقال وحد الانقطاع ان لا يوجد في الاسواق الذي يباع فيه وان كان يوجد في البيوت ذكره
في النهاية معزيا الى ابي بكر البلخي قال رحمه الله وما لا مثل له فقيمته يوم غصبه اي ما لا يضمن بالمثل تعتبر قيمته يوم
غصبه وهذا بالاجماع لانه تعذر اعتبار المثل صورة ومعنى وهو الكامل فيجب اعتبار المثل معنى وهو القيمة لانها
تقوم مقامه ويحصل بها مثله واسمها ينبئ عنه وقال مالك يضمن مثله صورة لما تلونا ولما روي ان انسا رضي الله عنه
قال كنت في حجرة عائشة رضي الله عنها قبل ان يضرب الحجاب فاتي بقصعة من عند بعض ازواجه عليه الصلاة والسلام
فضربت عائشة القصعة بيدها فانكسرت فجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم ياكل من الارض ويقول غارت امكم
غارت امكم ثم جاءت عائشة بقصعة مثل تلك القصعة فدفعها فاستحسن رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك وقال
علي رضي الله عنه في ولد المغرور يفك الغلام بالغلام والجارية بالجارية ولنا قوله عليه السلام في عبد بين رجلين
يعتقه احدهما فان كان موسرا ضمن قيمة نصيب شريكه وان كان معسرا سعى العبد في قيمة نصيب شريكه
غير مشقوق عليه وهذا نص صريح على اعتبار القيمة فيما لا مثل له حيث اوجبها على المعتق ان كان موسرا
وعلى العبد ان كان معسرا وحديث عائشة رضي الله عنها كان على طريق المروءة ومكارم الاخلاق لا على طريق
اداء الواجب اذ كانت القصعتان للنبي صلى الله عليه وسلم ومعنى قول علي يفك الغلام بالغلام اي بقيمة
الغلام حذف المضاف واقام المضاف اليه مقامه اي بقيمته لنفسه يؤيده انه قد صح عنه وعن عمر رضي الله عنهما
انهما قضيا في ولد المغرور بالقيمة ذكره في النهاية والاية تنافي ما قلنا لان المذكور فيها المثل وهو موجود
في القيمة من حيث المالية على ما بينا فكانت الاية شاهدة لنا وهذا لان المثل هو المتعارف بين الناس لا المثل
صورة بلا معنى ولهذا قال شريح رحمه الله من كسر عصا فهي له وعليه قيمتها وما قال ذلك الا لانه فهمه من الاية
والمراد بالمثلي الكيلي والموزون والعددي المتقارب مثله كالجوز والبيض حتى يضمن مثله عددا خلافا
لزفر رحمه الله هو يقول ان المماثلة في العدد لم تثبت بالنص بل بالاجتهاد ولهذا لا يجري فيه الربا فلا يقطع
بكون المضمون مثلا للمتلف فيصار الى قيمته لتعذر معرفة مثله قطعا بخلاف المكيل والموزون
لان المماثلة فيه تثبت بالنص وهو قوله عليه السلام الحنطة بالحنطة مثلا بمثل وكذا قال في الذهب والفضة
وهما موزونان والحنطة مكيل فامكن اعتبار المماثلة فيهما العلم بها قطعا والجودة لا قيمة لها عند
المقابلة بالجنس ولا كذلك العددي قلنا انما تعتبر المماثلة في المالية ومالية هذه الاشياء متساوية

كذلك صح

متى تعتبر قيمة المغصوب

حد الانقطاع ان لا يوجد في الاسواق

واعلم ان الحكم غير مقصور على العدديات المتفاوتة فان كثيرا من الموزونات ليست بمثلي بل من ذوات القيم كالقمقمة والقدر ونحوهما لان المراد بالوزن مثلا
ما يوزن عند البيع بل ما يكون مقابلته بالثمن مبنيا على الكيل او الوزن او العدد ولا يختلف بالصنعة اما غير مصنوع او مصنوع لا يختلف كالدراهم والدنانير
والفلوس وكل ذلك مثلي وقد فصل الفقهاء المثليات وذوات القيم في كتبهم فلا احتياج الى ذلك فما يوجد له المثل في الاسواق بلا تفاوت يعتد
به فهو مثلي وما ليس كذلك فهو من ذوات القيم ثم معنى العدديات المتفاوتة الشيء الذي يعد ويكون افراده متفاوتة ولا يراد هنا ما يكون
مقابلته بالثمن مبنيا على العدد كالحيوان مثلا فانه يعد عند البيع من غير ان يقال يباع الغنم عشرة بكذا واما العددي المتقارب مثل الجوز والبيض
والفلوس فهو كالكيلي وفائدة التنبيه بالكيل دون الموزون ان من الموزونات ما ليس بمثلي كالموزون الذي في تبعيضه ضرر
وهو كالطست والقمقمة ونحوهما فان الفلوس يماثل الفلوس في المالية وكذا الجوز والبيض ولهذا لا تتفاوت قيمة احاده عرفا فكانت المماثلة
من المصوغات مسكين
فيه اتم من الكيلي والموزون فوجب جبر الفائت بجنسه لكونه مثلا له صورة ومعنى ولا معنى لقوله المماثلة
تثبت فيه بالاجتهاد لان الكيلي والموزون ايضا كذلك لان مطلق الجنس لا يكفي بل لا بد من اعتبار المماثلة
في الصفة كالجودة والرداءة وذلك يعرف بالاجتهاد وضح منه ان القيمة ايضا لا تعرف الا بالاجتهاد فلا
معنى لما قال اذ لم يكن له بد من الاجتهاد في الكل والمراد بما لا مثل له غير المكيل والموزون والعددي المتقارب
كالثياب والحيوان والمثلي المخلوط بخلاف جنسه كالحنطة المخلوطة بالشعير والخل المخلوط بالزيت
ونحو ذلك والموزون الذي في تبعيضه ضرر كالاواني المصنوعة نحو القمقم والطست قال رحمه الله
فان ادعى هلاكه حبسه الحاكم حتى يعلم انه لو بقي لاظهره ثم قضى عليه ببدله لان حق المالك ثابت في العين
فلا يقبل قوله فيه حتى يغلب على ظنه انه صادق فيما يقول كما اذا ادعى المديون الافلاس وليس لحبسه حد
مقدر بل هو موكل الى راي القاضي كحبس الغريم في الدين ولو ادعى الغاصب الهلاك عند صاحبه بعد الرد
وعكس المالك واقاما البينة فبينة الغاصب اولى عند محمد لانها تثبت الرد وهو عارض والبينة لمن يدعي
العوارض وعند ابي يوسف بينة المالك اولى لانها تثبت وجوب الضمان والاخر ينكره والبينة للاثبات وهذا
لان الغصب وان كان ثابتا باتفاقهما لكن حاصل الاختلاف بينهما يرجع الى وجوب الضمان وعدمه
فكانت البينة لمن تثبت قال رحمه الله والغصب فيما ينقل لانه ازالة يد المالك باثبات يده وذلك يتصور
في المنقول على ما بينا قال رحمه الله فان غصب عقارا وهلك في يده لم يضمنه وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
وقال محمد وزفر والشافعي يضمن وهو قول ابي يوسف اولا لان الغصب يتحقق بوصفين باثبات اليد العادية وازالة
اليد المحقة وذلك ممكن في العقار لان اثبات اليدين المتدافعتين على شيء واحد لا يمكن لتعذر اجتماعهما
فيه فاذا ثبتت اليد العادية للغاصب انتفت اليد المحقة للمالك ضرورة وهذا لان اليد ليست هي
الا عبارة عن القدرة على التصرف وعدم اليد عبارة عن عدم القدرة على التصرف فكان في يد الغاصب
ضرورة ومن ضرورته انتفاء يد المالك فيضمن به كما يضمن المنقول بذلك وكما يضمن العقار المودع
بالجحود وبالاقرار به لغير المالك وبالرجوع عن الشهادة بعد القضاء ولقوله عليه السلام من غصب شبرا من
ارض طوقه الله يوم القيامة من سبع ارضين نص على انه يتحقق فيه الغصب ولنا ان الغصب تصرف
في المغصوب باثبات يده وازالة يد المالك ولا يكون ذلك الا بالنقل والعقار لا يمكن نقله واقصى ما يمكن
فيه اخراج المالك عنه وذلك تصرف في المالك لا في العقار فلا يوجب الضمان كما اذا بعد المالك عن المواشي
على ما بينا بخلاف المنقول ومسئلة الوديعة على الخلاف في الاصح فلا يلزم وان سلم فالضمان فيها بترك
الحفظ الملتزم بالجحود والشهود انما يضمنون العقار بالرجوع لانه ضمان اتلاف لا ضمان غصب حتى
لو اقام الشاهد البينة ان ذلك العقار له لا يقبل بينته ولو كان غصبا لقبلت والعقار يضمن بالاتلاف
والمذكور في الحديث الجزاء في الاخرة ولا ينافي الضمان في الدنيا وهو دليل على ان المذكور جميع جزائه
ولو كان موجبا للضمان لبينه لان الحاجة اليه امس وزيادة الضمان عليه يكون نسخا ولا يجوز ذلك
بالراي على ما عرف في موضعه واطلاق لفظ الغصب عليه لا يدل على التحقق موجب للضمان كما اطلق
لفظ البيع على بيع الحر فقوله عليه السلام من باع حرا الحديث لا يدل على التحقق بيع الحر وهذا لما عرفت
في لسان الشرع حقيقة ومجاز او على هذا الخلاف لو باع العقار بعد الغصب واقر الغاصب بذلك
وكذبه المشتري او باعه من غير غصب واقر بذلك وكذبه المشتري لا يقبل اقراره في حق المشتري لانه ملكه
ظاهرا ولا يضمن البائع عندهما لانه لم يتلفه وانما التلف مضاف الى عجز المالك عن اقامة البينة قال رحمه الله
وما نقص بسكناه وزراعته ضمن النقصان كما في النقلي وهذا بالاجماع والفرق لهما انه اتلفه بفعله

والعقار

195

ثم النقصان انواع اربعة بتراجع السعر وبفوات جزء في العين وبفوات وصف مرغوب فيه كالسمع والبصر واليد والاذن في العبد والصياغة في الذهب
والبلل في الحنطة وبفوات معنى في العين فالاول لا يوجب الضمان في جميع الاحوال اذا رد العين في مكان الغصب والثاني يوجب الضمان في جميع الاحوال والثالث
يوجب الضمان في غير اموال الربا اما في الربويات بان غصب حنطة فيبست عنده او انفسخت فهو في يده فصاحبه بالخيار ان شاء اخذ ذلك بعينه ولا شيء له غيره وان شاء
تركه وضمنه مثله تفاديا عن الربا والرابع ... المرغوب في العين كالعبد المحترف اذا نسي الحرفة في يد الغاصب او كان شابا فشاخ في يده يوجب الضمان
ايضا هذا اذا كان النقصان قليلا واما اذا كان كثيرا فيتخير المالك بين الاخذ وبين تركه مع اخذ جميع القيمة ويستوفي الحد الفاصل بينهما في مسئلة الخرق اليسير والفاحش
وهذا اذا رده في مكان الغصب اما اذا كان في غير مكان الغصب فالمالك بالخيار بين اخذ القيمة وبين الانتظار الى رده الى مكان الغصب واعلم ان معنى هذه
المسئلة اذا لم يخاصم المالك حتى ادرك الزرع او قرب من الادراك فان خاصم المالك الغاصب قبل النبات او بعد النبات قبل الادراك فالحكم فيها ان صاحب الارض
والعقار يضمن بالاتلاف ولا يشترط لضمان الاتلاف ان يكون في يده الا يرى ان الحر يضمن به بخلاف ضمان
الغصب حيث لا يضمن الا بالحصول في اليد وعلى هذا لو ركب دابة الغير بغير اذنه ولم يسيرها حتى نزل
ثم هلكت لم يضمن لعدم النقل وان تلفت بركوبه يضمن لوجود الاتلاف بفعله وهو نظير ما لو قعد على بساط
الغير بغير اذنه ثم اختلفوا في تفسير النقصان قال نصير بن يحيى انه ينظر بكم تستاجر هذه الارض قبل
الاستعمال وبعده فيضمن ما تفاوت بينهما من النقصان وقال محمد بن سلمة يعتبر ذلك بالشراء يعني انه ينظر
بكم تباع قبل الاستعمال وبكم تباع بعده فنقصانها ما تفاوت من ذلك فيضمنه وهو الاقيس لان العبرة
لقيمة العين دون المنفعة وذكر في النهاية ان محمد بن سلمة رجع الى قول نصير ثم ياخذ الغاصب راس
ماله وهو البذر وما غرم من النقصان وما انفق على الزرع ويتصدق بالفضل عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
حتى اذا غصب ارضا فزرعها كرين فاخرجت ثمانية اكرار ولحقه من المؤنة قدر كر ونقصانها قدر كر
فانه ياخذ منها اربعة اكرار ويتصدق بالباقي وقال ابو يوسف لا يتصدق بشيء لان الزيادة حصلت
في ضمانه وملكه لان ما ضمن من الفائت يملكه باداء الضمان والمضمونات تملك باداء الضمان عندنا
مستندا الى وقت وجود السبب وهو الغصب هنا فتبين انه حدث في ملكه اذ الخراج بالضمان بخلاف
ما اذا لم ينقصها لعدم الملك لعدم الضمان وهذا لانه يجب عليه ضمان كله فاذا ضمن كله ملك كله
وكذا البعض ولهما انه حصل بسبب خبيث وهو التصرف في ملك الغير فيكون سبيله التصدق اذ الفرع
يحصل على وصف الاصل فصار كما اذا لم ينتقص بالاستعمال ولان الملك المستند ثابت من وجه
دون وجه فكان ناقصا فلا يظهر في حق انعدام الخبث قال رحمه الله وان استغله تصدق بالغلة كما لو تصرف
في المغصوب والوديعة وربح اي ان استغل المغصوب بان كان عبدا مثلا فاجره فنقصه الاستغلال
وضمن النقصان تصدق الغاصب بالغلة كما يتصدق بالربح فيما اذا تصرف في المغصوب او الوديعة بان
باعه وربح فيه اما الاول وهو الاستغلال فالمذكور هنا قولهما وعند ابي يوسف لا يتصدق به وقد ذكرنا
الوجه من الجانبين في المسئلة التي قبلها وكان ينبغي ان يتصدق بما زاد على ما ضمن عندهما لا بالغلة كلها كما في
المسئلة الاولى ثم انما يضمن الغاصب النقصان اذا كان النقصان في العين وكان غير ربوي لانه دخل
جميع اجزائه في ضمانه فيجب عليه ضمان قيمة ما تعذر رده من اجزائه كلا او بعضا بخلاف المبيع حيث
لا يوجب النقصان الحادث فيه قبل القبض الا الخيار ولا يوجب حط شيء من الثمن لان الاوصاف لا تضمن
بالعقد وتضمن بالفعل وان كان لتراجع السعر لا يضمن بعد ان رده في مكان الغصب لان ذلك لفتور الرغبات
فيه لا لنقصان في العين بفوات الجزء وان كان ربويا لا يمكنه ان يضمنه النقصان مع استرداد العين لانه
يؤدي الى الربا اذ الجودة لا قيمة لها في الاموال الربوية ولكنه يخير بين ان ياخذه ولا شيء له وبين ان
يتركه على الغاصب ويضمنه مثله من جنسه او قيمته من خلاف جنسه واستغلال العبد المستعار بالاجارة
كاستغلال المغصوب حتى يجب عليه ضمان النقصان ويتصدق بالغلة عندهما خلافا لابي يوسف والوجه
قد بيناه ولو هلك في يده بعدما استغله وضمنه المالك كان له ان يستعين بالغلة في اداء الضمان
لان الخبث كان لاجل المالك فاذا اخذه المالك لا يظهر الخبث في حقه ولهذا لو سلم الغلة اليه مع العبد
يباح له التناول فيزول الخبث بالتسليم وتتراد منه عن القيمة لقدره بخلاف ما اذا باعه الغاصب بعد
ما استغله وهلك في يد المشتري وضمن المالك المشتري قيمته ثم رجع المشتري على الغاصب بالثمن حيث
لا يكون للغاصب ان يستعين بالغلة في اداء الثمن الى المشتري لان الخبث كان لحق المالك والمشتري ليس
بمالك فلا يزول الخبث بالاداء اليه فلا يؤديه اليه الا اذا كان لا يجد غيره فيرجع هو على غيره من الفقراء
باعتبار انه ملكه وهو محتاج اليه كاللقطة له ان يصرف اللقطة على نفسه اذا كان محتاجا ثم اذا اصاب

بالخيار ان شاء صبر حتى ينبت ثم يقول له
اقلع زرعك فيقلع الغاصب الزرع ويضمن
نقصان الارض او يضمن ما زاد البذر فيه
فتقوم الارض وليس فيها بذر ... تقوم
وفيها بذر ... الكبرى من غصب ارضا
فزرعها حنطة ثم اختصما والبذر لم ينبت
بعد فصاحب الارض بالخيار ان شاء تركها
حتى ينبت ثم يقول له اقلع زرعك وان شاء
اعطى ما زاد البذر فيه اما الخيار فلانه
لا طريق الى التفريغ من الارض الا كذلك فان
اختار اعطاء الضمان كيف يضمن ... عن
ابي يوسف انه يعطي مثل بذره وقال محمد رحمه
يعطيه ما زاد البذر فيه اي قيمة
بذره مبذورا في ارض نفسه
والمختار انه يضمن قيمة بذر
مبذور في ارض غيره وتفسيره ما قلنا
انه تقوم الارض مع البذر ودون البذر فيضمن
ما بينهما قيمة بذره مبذورا وهذه المسئلة
مما يجب الاحتياط في تفصيلها مستخلص
بالاستعمال

المضمونات تملك باداء الضمان

ما لا يتصدق بمثله اذا كان غنيا وقت الاستغلال وان كان فقيرا فلا شيء عليه لما ذكرنا من ترجيحه على غيره من الفقراء
واما الثاني وهو ما اذا تصرف في المغصوب او الوديعة وربح فهو على وجوه اما ان يكون مما يتعين بالتعيين
كالعروض او لا يتعين كالنقدين فان كان مما يتعين لا يحل له التناول منه قبل ضمان القيمة وبعده يحل الا فيما
زاد على قدر القيمة وهو الربح المذكور هنا فانه لا يطيب له ويتصدق به لان العقد يتعلق فيما يتعين حتى
ينفسخ العقد بالهلاك قبل القبض فتمكن الخبث فيه وان كان مما لا يتعين فقد قال الكرخي انه على اربعة
اوجه اما ان اشار اليه ونقد منه او اشار اليه ونقد من غيره او اطلق اطلاقا ونقد منه او اشار الى غيره
ونقد منه وفي كل ذلك يطيب له الا في الوجه الاول وهو ما اذا اشار اليه ونقد منه لان الاشارة اليه
لا تفيد التعيين فيستوي وجودها وعدمها الا اذا تأكد بالنقد منها وقال مشايخنا لا يطيب بكل حال ان يتناول
منه قبل ان يضمن وبعد الضمان لا يطيب الربح بكل حال وهو المختار لاطلاق الجواب في الجامعين والمضاربة
يدل على ذلك ووجهه انه بالنقد منه استفاد سلامة المشتري وبالاشارة استفاد جواز العقد لتعلق
العقد به في حق القدر والوصف فيثبت فيه شبهة الحرمة لملكه بسبب خبيث واختار بعضهم الفتوى
على قول الكرخي في زماننا لكثرة الحرام وهذا كله على قولهما وعند ابي يوسف لا يتصدق بشيء منه وكذا ما بينا
وهذا الاختلاف بينهم فيما اذا صار بالتقلب من جنس ما ضمن بان ضمن دراهم مثلا وصار في يده من بدل المضمون
دراهم وان كان في يده من بدله خلاف جنس ما ضمن بان ضمن دراهم وفي يده من بدله طعام او عروض لا يجب
عليه التصدق بالاجماع لان الربح انما يتبين عند اتحاد الجنس وما لم يصر بالتقلب من جنس ما ضمن لا يظهر
الربح قال وملك بلا حل انتفاع قبل اداء الضمان بشيء وطبخ وطحن وزرع واتخاذ سيف او اناء غير الحجرين
وبناء على ساجة لانه لو لم يملكه بذلك للحقه ضرر وكان ظالما والظالم لا يظلم بل ينتصف منه والضابط فيه
انه متى تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها او اعظم منافعها او اختلطت بملك الغاصب
بحيث لا يمكن تمييزها اصلا او الا بحرج زال ملك المالك عنها وملكها الغاصب وضمنها ولا يحل له
الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها وما ذكره من شيء اللحم وطبخه وطحن الحنطة او طبخها وزرعها واتخاذ
الحديد سيفا او اناء او اتخاذ غيره مثل الصفر اناء والبناء على الساجة بهذه المثابة فيملكها الغاصب
الا الذهب والفضة فانه لا يملكهما باتخاذه اواني او بضربه دنانير او دراهم عند ابي حنيفة وهما المراد
بقوله غير الحجرين وقال الشافعي لا ينقطع حق المالك عن العين وهو رواية عن ابي يوسف غير انه اذا اختار
اخذ العين لا يضمنه النقصان عنده في الاموال الربوية لانه يفضي الى الربوا وعند الشافعي يضمنه وقد
بيناه من قبل وعن ابي يوسف ان ملكه يزول عن العين ويملكه الغاصب لكنه يباع فيوفى به دين المالك
يعني ما وجب له عليه بالغصب من المثل او القيمة وان مات الغاصب فالمغصوب منه احق به من ساير
غرمائه على مثال الرهن والمبيع قبل القبض وجعل الآبق لعدم رضاه ببطلان حقه فصار كالمشتري اذا
قبض المبيع بغير اذن البائع قبل ايفاء الثمن بل اولى لان الملك اقوى من اليد فاذا لم يبطل حق اليد فاولى
ان لا يبطل به حق الملك للشافعي ان العين ملكه فيبقى ملكه ما بقيت العين ويتبعها وصفها اذ هو
قائم بها فيترجح هو لكونه صاحب اصل ولان الدقيق حنطة وقت اجزاؤها وذلك لا يوجب الخروج
عن ملكه كالقطع في الثوب والذبح والسلخ والتاريب في الشاة ولان فعله محظور فلا يكون سببا
للملك اذ المحظور لا يناط به نعمة الملك على اصله فلا يعتبر فعله فصار كما اذا وقعت الحنطة
في الطاحونة فانطحنت بفعل الماء والهوى من غير صنع احد ولنا انه استهلك العين من وجه
الا ترى ان المقاصد قد فاتت بعضها وكذا الذات قد فاتت من وجه بالاستحالة حتى صار له اسم اخر
وقد احدث فيها الصنعة وهي حق الغاصب وهي قائمة من كل وجه فرجحت بذلك وان كانت وصفا

على الاصل الذي هو فايت من وجه فكانت اولى بالاعتبار وهذا لان الزيادة حصلت في العين بفعل
الغاصب فكانت كسبا له والكاسب احق بكسبه من غيره وان كان في محل مملوك للغير لان الحكم يضاف
الى العلة لا الى المحل وان حقها قايم فكان الترجيح به ترجيحا بالذات فكان اولى من الترجيح بالاصل لانه
يرجع الى الترجيح بالحال وهو البقاء وهذا ترجيح بالذات وهو الوجود من كل وجه فكان الترجيح اولى
لان الحال قايمة بالذات والمحظور لغيره لا يمتنع ان يكون سببا للحكم شرعا الا ترى ان الصلوة في الارض المغصوبة
تجوز ويكون سببا لحصول الثواب الجزيل فما ظنك بالملك بخلاف ما استشهد به لان الذبح لا يفوت اسم
الشاة يقال شاة مذبوحة وشاة حية والسلخ والتاريب لا يفوت به المقصود بالذبح فلا تحصل به
تبديل العين فبقيت على ملكه بخلاف ما نحن فيه لان العين تبدلت وتجدد لها اسم اخر فصارت كعين
اخرى حصلها بكسبه فيملكها غير انه لا يجوز له الانتفاع به قبل ان يؤدي الضمان كيلا يلزم منه فتح باب
الغصوب وفي منعه حسم مادته ويدل عليه قوله عليه السلام في الشاة المذبوحة بغير اذن مالكها بعد
الطبخ اطعموها الاسارى ولو جاز الانتفاع به او لم يملكه لما قال ذلك والقياس ان يجوز الانتفاع به
وهو قول زفر والحسن ورواية عن ابي حنيفة رح لوجود المطلق للتصرف ولهذا ينفذ تصرفه فيه كالتمليك
لغيره ووجه الاستحسان ما بيناه ونفاذ تصرفه فيه لوجود الملك وذلك لا يدل على الحل الا ترى ان
المشتري شراء فاسدا ينفذ تصرفه فيه مع انه لا يحل له الانتفاع به ثم اذا دفع القيمة اليه واخذه او حكم
الحاكم بالقيمة او تراضيا على مقدار حل له الانتفاع لوجود الرضا من المالك لان الحاكم لا يحكم الا بطلبه
فحصلت المبادلة بالتراضي وقال ابو بكر في الحنطة المزروعة والنواة المزروعة يجوز له الانتفاع قبل
اداء الضمان لوجود الاستهلاك من كل وجه ولا يتصدق بالفضل عنده وقد بيناه من قبل واما الذهب
والفضة فالمذكور هنا قول ابي حنيفة وعندهما يملكهما الغاصب اذا ضربهما دنانير ودراهم او اواني
لما ذكرنا في غيرهما والجامع انه احدث فيه الصنعة المتقومة وفوت بعض مقاصده ولابي حنيفة ان العين
باقية من كل وجه ولم تهلك من وجه ما الا ترى ان الاسم لم يتغير ومعناه الثمنية وهو ايضا باق وكذا
كونه موزونا باق ايضا حتى يجري فيهما الربوا باعتباره وكذا الصنعة فيهما غير متقومة ايضا
مطلقا الا ترى انها لا قيمة لها عند المقابلة بالجنس بخلاف غيرهما وقال الكرخي والفقيه ابو جعفر انما
ينقطع حق المالك عن الساجة اذا بنى حولها واما اذا بنى عليها فلا ينقطع حق المالك لانه متعد في البناء
عليها والساجة من وجه كالاصل لهذا البناء فيهدم للرد كما اذا بنى في الارض المغصوبة وعند الشافعي
لا ينقطع حق المالك كيف ما كان فيهدم البناء وياخذ ساجته لانه وجد عين ماله فكان احق به بالنص
وعندنا انقطع حقه مطلقا في الصحيح لان في قلعه ضررا بالغاصب وقال عليه السلام لا ضرر ولا ضرار
في الاسلام وضرر المالك مجبور بضمان القيمة فلا يعد ضررا فصار كما اذا خاط بالخيط المغصوب
بطن ادمي او ادخل لوحا مغصوبا في السفينة وكان في البحر هذا اذا كانت قيمة البناء اكثر من قيمة الساجة
واما اذا كانت قيمة الساجة اكثر من قيمة البناء فلا ينقطع حق المالك عنها ذكره في النهاية معزيا الى الذخيرة
قال ولو ذبح شاة او خرق ثوبا فاحشا ضمن القيمة وسلم المغصوب او ضمن النقصان وكذا
لو ذبحه وقطع اليد او الرجل كالذبح لان هذه الاشياء اتلاف من وجه باعتبار فوت بعض الاغراض من الحمل
والدر والنسل وفوات بعض المنفعة في الثوب فيخير بين تضمين جميع قيمته وتركه له وبين تضمينه
نقصانه واخذه وروى الحسن عن ابي حنيفة انه ليس له ان يضمنه النقصان اذا اخذ اللحم لان الذبح
والسلخ زيادة فيها لانقطاع احتمال الموت حتف انفها وامكن الانتفاع بلحمها بيقين والاول هو الظاهر
لانه نقصان باعتبار فوات بعض الاغراض على ما بينا انفا ولو كانت الدابة غير ماكولة اللحم يضمن قاطع

فرق بين الخرق اليسير والفاحش

الطرف جميع قيمتها لانه استهلاك من كل وجه بخلاف قطع طرف العبد حيث يضمنه نصف قيمته مع اخذه
لانه منتفع به بعد القطع للطرف لانه بعد القطع صالح لجميع ما كان صالحا له قبله من الانتفاع ولا كذلك
الدابة فانها لا تصلح للحمل والركوب بعد القطع قال رحمه الله وفي الخرق اليسير ضمن نقصانه يعني مع اخذ
عينه وليس له غير ذلك لان العين قائمة من كل وجه وانما دخله عيب فنقص لذلك فكان له ان يضمنه
النقصان واختلفوا في حد الخرق الكبير واليسير قيل ما يوجب نقصان ربع القيمة فاحش وما دونه يسير
وقيل الفاحش ما ينقص به نصف القيمة لاستواء الهالك والقائم فيتخير المالك بين ان يميل الى الهالك
او القائم والصحيح ان الفاحش ما يفوت به بعض العين وجنس المنفعة ويبقى بعض العين وبعض المنفعة
واليسير ما لا يفوت به شيء من المنفعة وانما يدخل فيه نقصان في المنفعة لان الاستهلاك المطلق من
كل وجه عبارة عن اتلاف جميع المنفعة والاستهلاك من وجه عبارة عن تفويت بعض المنافع والنقصان
عبارة عن تعييب المنافع مع بقائها وهو تفويت الجودة لا غير ولا عبرة بقيام اكثر المنافع لان الرجحان
انما يطلب اذا تعذر العمل باحدهما ومتى امكن العمل بهما لا يصار الى الترجيح ولا يشتغل به وهنا
امكن اعتبار الاستهلاك والنقصان باثبات الخيار فلا يعتبر في الراجح وذكر في النهاية ان الفاحش
هو المستاصل للثوب وهو ان يجعل الثوب لا يصلح الا للحرق ولا يرغب في شرائه وعزاه الى الحلواني
وقال شمس الائمة السرخسي الحكم الذي ذكره في الخرق في الثوب من تخيير المالك اذا كان الخرق فاحشا هو الحكم
في كل عين من الاعيان الا في الاموال الربوية فان التعييب هناك فاحشا كان او يسيرا كان لصاحبها الخيار
بين ان يمسك العين ولا يرجع على الغاصب بشيء وبين ان يسلم العين ويضمنه مثله او قيمته لان تضمين
النقصان متعذر لانه يؤدي الى الربا هذا اذا قطع الثوب ولم يحدث فيه صنعة واما اذا احدث فيه
صنعة بان خاطه قميصا مثلا فانه ينقطع به حق المالك عندنا ذكره في النهاية معزيا الى الذخيرة
قال رحمه الله ولو غرس او بنى في ارض الغير قلعا وردت اي قلع البناء والغرس وردت الارض الى صاحبها
لقوله عليه السلام ليس لعرق ظالم حق اي ليس لذي عرق ظالم حق وصف العرق بصفة صاحبه وهو الظلم
وهو من المجاز كما يقال صام نهاره وقام ليله قال الله تعالى فيها يفرق كل امر حكيم ولان الارض باقية على
ملكه اذ لم تصر مستهلكة ولا مغصوبة حقيقة ولا وجد فيها شيء يوجب الملك للغاصب فيؤمر بقلعهما
وردها اليه كما لو شغل ظرف غيره بالطعام هذا اذا كانت قيمة الارض اكثر من قيمة البناء وان كانت
قيمة البناء اكثر فللغاصب ان يضمن له قيمة الارض فيأخذها ذكره في النهاية وعلى هذا لو ابتلعت
دجاجة لؤلؤة ينظر ايهما اكثر قيمة فلصاحبه ان يأخذ ويضمن قيمة الآخر وعلى التفصيل لو ادخل فصيل
غيره في داره وكبر فيها ولم يمكن اخراجه الا بهدم الجدار وعلى هذا التفصيل لو ادخل البقر راسه في قدر
من النحاس فتعذر اخراجه قال رحمه الله وان نقصت الارض بالقلع ضمن له البناء والغرس مقلوعا ويكون
له اي اذا كانت الارض تنتقص بالقلع كان لصاحب الارض ان يضمن للغاصب قيمة البناء والغرس
مقلوعا ويكونان له لان فيه دفع الضرر عنهما فتعين فيه النظر لهما وانما يضمن له قيمته مقلوعا
لانه مستحق القلع وليس له ان يستديم فيها فتعتبر قيمته في ذلك الوقت مقلوعا وكيفية معرفتها
ان تقوم الارض وبها بناء او شجر مستحق قلعه اي امر بقلعه وتقوم وحدها ليس فيها بناء ولا غرس
فيضمن فضل ما بينهما كذا قالوا وهذا ليس بضمان لقيمته مقلوعا بل هو ضمان لقيمته قائما مستحق
القلع وانما يكون ضمانا لقيمته مقلوعا ان لو قوم البناء والغرس مقلوعا موضوعا على الارض بان يقدر
الغرس حطبا والبناء اجرا او لبنا او حجارة مكومة على الارض فيقوم وحده من غير ان يضم الى الارض
فيضمن له قيمة الحطب والحجارة المكومة دون المبنية قال رحمه الله وان صبغ او لت السويق بسمن ضمنه

قيمة ثوب ابيض ومثل السويق او اخذهما وغرم ما زاد الصبغ والسمن يعني اذا غصب ثوبا فصبغه
او سويقا فلته بسمن فالمالك بالخيار ان شاء ضمنه قيمة ثوبه ابيض ومثل السويق وان شاء اخذ المصبوغ
والملتوت وغرم ما زاد الصبغ والسمن وقال الشافعي في الثوب يؤمر الغاصب بقلع الصبغ بالغسل
بقدر الامكان ويسلمه لصاحبه وان انتقص قيمة الثوب بذلك فعليه ضمان النقصان لان الغاصب
متعد فلم يكن لفعله عبرة والتمييز ممكن فصار نظير الغرس والبناء في الارض بخلاف السمن في السويق
لتعذر التمييز ولنا ان الصبغ مال متقوم كالثوب وبجنايته لا يسقط تقوم ماله فيجب صيانة
حقهما ما امكن وكان صاحب الثوب اولى بالتخيير لانه صاحب اصل والاخر صاحب وصف وهو
قائم بالاصل وكذا السويق اصل والسمن تبع الا ترى انهم يقولون سويق ملتوت فيخير صاحبه لتعذر
التمييز بخلاف البناء والغرس لان التمييز ممكن فيه بالنقض وله وجود بعد النقض فامكن ايصال
حق كل واحد منهما اليه والصبغ يتلاشى بالغسل فلا يمكن ايصاله الى صاحبه وبخلاف ما اذا انصبغ
من غير فعل احد كالقاء الريح حيث لا يثبت فيه لرب الثوب الخيار بل يؤمر صاحب الثوب بدفع قيمة الصبغ
الى صاحبه لانه لا جناية من صاحب الصبغ حتى يضمن الثوب بل يتملك صاحب الثوب الصبغ بقيمته
وقال ابو عصمة في مسئلة الغصب ان شاء رب الثوب باع الثوب فيضرب كل واحد منهما بقيمة ماله وهذا
طريق حسن ايضا لامكان وصول حق كل واحد منهما به الى صاحبه ويتاتى هذا اذا انصبغ الثوب بنفسه
ايضا والجواب في اللت كالجواب في الصبغ انه يضمن فيه مثل السويق وفي الصبغ قيمته لان السويق من
ذوات الامثال بخلاف الصبغ والثوب وفي الكافي قال في المبسوط يضمن قيمة سويقه لانه يتفاوت
بتفاوت القلي فلم يبق مثليا كالخبز وما روي عن ابي حنيفة من ان الغاصب اذا صبغ الثوب اسود فهو نقصان
وعندهما زيادة كالحمرة والصفرة راجع الى اختلاف عصر وزمان فان بني امية في زمانه كانوا يمتنعون
عن لبس السواد وفي زمانهما بنو العباس كانوا يلبسون السواد فاجاب كل على ما شاهد من عادة اهل
عصره والاختلاف بينهم في الحقيقة ولهذا لم يتعرض في المختصر لذكر هذا الاختلاف ولا الوان الصبغ لان
من الثياب ما يزداد بالسواد ومنها ما ينتقص وكذا من الثياب ما يزداد بالحمرة والصفرة ومنها ما ينتقص
فلا معنى بالتقييد بلون دون لون بل لا يعتبر فيه الا الزيادة والنقصان حقيقة ولو كان ثوبا ينقصه
الصبغ بان كانت قيمته ثلاثين درهما مثلا فتراجعت بالصبغ الى عشرين فعن محمد ينظر الى ثوب يزيد
فيه ذلك الصبغ فان كانت الزيادة خمسة ياخذ رب الثوب ثوبه وخمسة دراهم لان صاحب الثوب
وجب له على الغاصب ضمان نقصان قيمة ثوبه وهي عشرة دراهم ووجب عليه للغاصب قيمة صبغه
خمسة فالخمسة بالخمسة قصاص ويرجع عليه بما بقي من النقصان وهو خمسة رواه هشام عن محمد
وهو مشكل من حيث ان المغصوب منه لم يصل اليه المغصوب كله وانما وصل اليه بعضه وكان من
حقه ان يطالب هو الى تمام حقه فكيف يتوجه عليه الطلب وهو لم ينتفع بالصبغ ولم يحصل به الا تلف
ماله وكيف يستقطع الغاصب بعض قيمة المغصوب بالاتلاف والاتلاف مقرر لوجوب جميع القيمة وكيف
صار مسقطا لها هنا فصل قال رحمه الله ومن غيب المغصوب وضمن قيمته ملكه وقال الشافعي رحمه الله
لا يملكه لان الغصب محظور فلا يكون سببا للملك كما في المدبر وهذا لان الملك مرغوب فيه وهو حكم
شرعي فلا يصلح المحظور سببا له لانه يلزم منه ترغيب الناس فيه لتحصيل ما هو مرغوب فيه لهم ولا يجوز
اضافة مثله الى الشارع فوجب ادنى درجات السبب ان يكون مباحا كيلا يلزم الترغيب في تحصيل الحرام
ولانه قبيح لانه منهي عنه بقوله تعالى ولا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم
والغصب ليس بتجارة فكان باطلا والباطل لا يفيد الملك وهذا لانه عدوان محض وليس فيه شبهة الاباحة

كالقتل فكيف يستفاد الملك بالجناية المحضة ولنا ان المالك ملك بدل المغصوب رقبة ويدا فوجب ان
يزول ملكه عن المبدل اذا كان يقبله دفعا للضرر عن الغاصب وتحقيقا للعدل او ضرورة حتى لا يجتمع
البدل والمبدل في ملك رجل واحد فانه مستحيل واسمه ينبئ عنه فان البدل اسم لما يقوم مقام الفايت
او لما يقوم مقام القايم فاذا ثبت ملكه فيه على الكمال وجب ان يزول ملكه في المبدل ليتحقق معنى هذا الاسم
وكذا لفظ الجبران ينبئ عنه فانه لا يكون الا عن الفايت كالبدل ولا يقال هذا بدل عما فات وهو اليد لا الملك
لان الفايت بفعل الغاصب هو اليد دون الملك اذ ملكه قايم في العين فلا يكون بدلا الا عن العين
ولهذا قلنا لو كسر قلب غيره فقضى عليه القاضي بقيمته واخذ القلب ثم افترقا قبل القبض لا يبطل القضا
ولو كان بدلا عن العين لبطل لكونه صرفا لانا نقول لو كان بدلا عما فات من اليد مع بقاء العين في ملكه
لكان اجحافا بالغاصب بان الت ملكه عن البدل واثبات الملك فيه للمالك بمقابلة عين في ملكه مع
امكان تحقيق العدل بينهما وهذا خلف فكان من ضرورة القضا بقيمة العين زوال ملكه عنها ليتحقق معنى
البدل والجبران فكان ثبوت المبادلة ضروريا وما ثبت للضرورة يتقدر بقدرها فلا يكون بيعا من كل
وجه فلا يظهر في حق البطلان بالافتراق قبل القبض لان شرط التقابض ثبت فيما هو سبب الملك مقصودا
فلا يتعداه واما المدبر فنقول يزول ملكه عنه ويدخل في ملك الغاصب ضرورة ولهذا لو لم يظهر
المدبر وظهر له كسب كان للغاصب الا انه اذا ظهر المدبر لعاد الى ملك المغصوب منه صيانة لحق
المدبر او نقول المدبر لا يقبل النقل فيجعل الضمان بدلا عن اليد التي فاتت بفعله للضرورة او عن العين
من غير ان يدخل في ملكه شيء كما في ضمان العتق عندهما ولا يقال المدبر يقبل النقل من ملك الى ملك ولهذا
لو قضى القاضي بجواز بيعه نفذ لانا نقول ينفسخ التدبير بالقضا فينفذ البيع بعد القضا لكونه فسخا
بعد انفساخه والجواب عما تلي ان رضاه قد وجد بطلب القيمة منه ونحن لا نجعل الغصب القبيح
سببا للملك بل الغصب موجب لرد العين عند القدرة ولرد القيمة عند العجز بطريق الجبران وهذا
الحكم هو المقصود بهذا السبب ثم يثبت الملك به للغاصب شرطا للقضا بالقيمة لا حكما ثابتا بالغصب
مقصودا ولهذا لا يملك الولد بخلاف الزيادة المتصلة والكسب لانه تبع اذ الكسب بدل المنفعة
وكذلك المنفصل بخلاف البيع الموقوف او الذي فيه الخيار حيث تملك به الزيادة المنفصلة ايضا
لانه سبب موضوع للملك فيستند من كل وجه **قال رحمه الله** والقول في القيمة للغاصب والبينة للمالك
لان الغاصب منكر والمالك مدع ولو اقام الغاصب البينة لا تقبل لانها تنفي الزيادة والبينة على النفي
لا تقبل ذكره في النهاية ثم قال فيه بعض مشايخنا ينبغي ان يقبل بينة الغاصب لاسقاط اليمين الا ترى
ان المودع اذا ادعى رد الوديعة فيقبل قوله ولو اقام البينة تقبل بينته ثم قال وكان ابو علي النسفي
يقول هذه المسئلة عدت مشكلة فمن المشايخ من فرق بين هذه المسئلة وبين مسئلة الوديعة وهو
الصحيح **قال رحمه الله** فان ظهر وقيمته اكثر وقد ضمنه بقول المالك او ببينة او بنكول الغاصب فهو
للغاصب ولا خيار للمالك لانه رضي به وتم ملكه برضاه حيث سلم له ما ادعاه **قال رحمه الله** وان ضمنه
بيمين الغاصب فالمالك يمضي الضمان او ياخذ المغصوب ويرد العوض لعدم تمام رضاه بهذا القدر
من الضمان وانما اخذ دون القيمة لعدم الحجة لا للرضا به ولو ظهر المغصوب وقيمته مثل ما ضمنه
او اقل في هذه الصورة وهي ما اذا ضمنه بقول الغاصب مع يمينه قال الكرخي لا خيار له لانه توفر
عليه مالية ملكه بكماله وفي ظاهر الرواية يثبت له الخيار وهو الاصح لان ثبوت الخيار لفوت الرضا
وقد فات هنا حيث لم يحصل له ما يدعيه ولان له ان لا يبيع ماله الا بثمن يختاره ويرضى به فكان له الخيار
ثم اذا اختار المالك اخذ العين فللغاصب ان يحبس العين حتى ياخذ القيمة التي دفعها اليه لانها

مقابلة بالعين بخلاف المدبر لانه غير مقابل به بل بما فات من اليد على ما بينا **قال رحمه الله** وان باع المغصوب
فضمنه المالك نفذ بيعه وان حرره ثم ضمنه لا اي لو باع الغاصب المغصوب او اعتقه ثم ضمنه المالك
قيمته نفذ بيعه ولا ينفذ عتقه والفرق بينهما ان ملك الغاصب ناقص لانه يثبت مستندا او ضرورة
وكل ذلك ثابت من وجه دون وجه ولهذا لا يظهر الملك في حق الاولاد ويظهر في حق الاكساب لان الولد
اصل من وجه تبع من وجه قبل الانفصال وبعده اصل من كل وجه والكسب تبع من كل وجه لكونه بدل
المنفعة وهي تبع محض والملك الناقص يكفي لنفوذ البيع دون العتق الا ترى ان البيع ينفذ من المكاتب
بل من الماذون دون عتقه ولا يشبه هذا اعتق المشتري من الغاصب حيث ينفذ باجازة المالك
البيع عند ابي حنيفة وابي يوسف وكذا بضمان الغاصب القيمة في الاصح لانه عتق ترتب على سبب ملك
تام بنفسه موضوع له فينفذ العتق بنفوذ السبب والدليل على انه تام ان الاشهاد شرط في النكاح الموقوف
عند العقد لا عند الاجازة ولو لم يكن تاما لاشترط عند الاجازة وكذا لو تصارف الغاصبان وتقابضا
وافترقا فاجاز المالكان بعد الافتراق جاز الصرف وكذا المبيع يملك عند الاجازة بزوايده المتصلة
والمنفصلة ولو لم يكن تاما بنفسه لما كان كذلك **قال رحمه الله** وزوايد المغصوب امانة فتضمن بالتعدي
او بالمنع بعد طلب المالك وقال الشافعي هي مضمونة على الغاصب ولا فرق بين ان تكون الزيادة متصلة او منفصلة
او كانت بالسعر على المذهبين للشافعي انها متولدة من عين مضمونة فتكون مضمونة مثلها الا ترى ان
الاوصاف الشرعية تسري من الاصل الى ما يتولد منه الا ترى ان ام الولد والمدبرة والمكاتبة والقنة والحرة
يسري اليه حكم امه حتى يكون بحكمه كحكمها وكذا ولد الظبية المخرجة من الحرم يسري اليه حكم امه ولان الغصب
هو اثبات اليد على ملك الغير بغير اذن مالكه وقد تحقق ذلك في الزوايد بحسب تحققه في الاصل فكان مضمونا
كالاصل وصار كولد الظبية المخرجة من الحرم ولنا ان الغصب ازالة يد المالك باثبات اليد عليه ولا
يتحقق ذلك في الزوايد لانها لم تكن في يد المالك حتى يزيلها عنه فلم يتحقق تفويت اليد فلا يصير غصبا
فلا يضمن الا بالتعدي او بالمنع عند طلبه لان المنع تعد وانما يضمن ولد الظبية عنده لوجود المنع منه
لان الرد الى الحرم حق الشرع وهو مامور به كما اخرجها فيكون متعديا بالامتناع عن الرد حتى لو هلك
قبل تمكنه من رده الى الحرم لا يضمن لعدم المنع على هذا اكثر مشايخنا ولو قلنا بوجوب الضمان مطلقا
تمكن من الرد او لم يتمكن فهو ضمان اتلاف لان الصيد كان في الحرم امنا ببعده عن ايدي الناس وقد فوت
عليه الامن باثبات اليد عليه فتحققت الجناية عليه بذلك ولهذا لو اخرج جماعة من المحرمين صيدا
واحدا من الحرم يجب على كل واحد منهم جزاء كامل لتحقق الجناية منهم ولو كان من باب الغصب لما
وجب عليهم الا قيمة واحدة يوضحه انه يجب بالاعانة والاشارة والدلالة لازالة الامن فلان
يجب باثبات اليد عليه وهو فوقها جناية اولى واحرى **قال رحمه الله** وما نقصت الجارية بالولادة
مضمون وينجبر بولدها اي اذا ولدت الجارية ولدا ونقصت بالولادة كان النقصان مضمونا
على الغاصب فان كان في قيمة الولد وفاء به جبر النقصان بالولد ويسقط ضمانه عن الغاصب وان
لم يكن وفاء به سقط بحسابه وقال زفر والشافعي لا يجبر النقصان بالولد لان الولد ملكه فكيف
يجبر ملكه بملكه فصار كولد الظبية المخرجة من الحرم وكما لو هلك الولد قبل الرد او هلكت الام
بالولادة او غيرها من الاسباب وكما لو جز صوف شاة غيره او قطع قوايم شجر غيره فنبتت مكانه غيره
او خصى عبد غيره فازدادت قيمته به او علمه فاضناه التعليم وازدادت به قيمته فانه يضمن الجزء
الفايت ولا يجبر بالزيادة التي حصلت به وان كان سبب النقصان والزيادة متحدا ولنا ان سبب
النقصان والزيادة واحد وهو الولادة لانها اوجبت فوات جزء من مالية الام وحدوث مالية الولد

الى قبل الانفصال

لان الولد انما صار مالا بالانفصال وقبله لا يعتد به الا ترى انه لا يجوز التصرف فيه ببيع او هبة ونحوه
واذا صار مالا به انعدم ظهور النقصان به فانتفى الضمان فصار كما اذا شهد الشهود بالبيع بمثل القيمة
او اكثر ثم رجعوا عن الشهادة لا يضمنون لانهم اخلفوا بالشهادة قدر ما اتلفوا بها فلا يعد اتلافا
لو اتحاد السبب كذا هذا او كما اذا قطعت يده عند الغاصب ورده مع ارش اليد فانه يجبر نقصانه
بالارش لما ذكرنا من اتحاد السبب لان السبب الواحد لما اثر في الزيادة والنقصان كانت الزيادة خلفا عن
النقصان ولان الواجب على الغاصب ان يرد ما غصب وما ليته كما غصبه من غير نقصان فاذا فعل ذلك
برئ من الضمان الا ترى انه لو غصب جارية سمينة فمرضت عنده وهزلت ثم تعافت وسمنت حتى عادت
مثل ما كانت فردها لا ضمان عليه ولو كان مطلق الفوات يوجب الضمان لضمن وكذا اذا سقط سنها او قلعه
الغاصب فنبتت مكانه اخرى فردها سقط ضمانها عنه وقولهما كيف يجبر ملكه بملكه قلنا ليس هذا
بجبر في الحقيقة وانما هو اعتبار لملكه منفصلا بعضه عن بعض بعد ان كان متحدا كما اذا غصب نقرة
فضة فقطعها فانه يردها ولا شيء عليه غيرها اذا لم تنتقص بالقطع وولد الظبية ممنوع فان نقصانها
يجبر بولدها عندنا فلا يرد علينا وكذا اذا ماتت الام ممنوعة في رواية عن ابي حنيفة فانه روي عنه
ان الام اذا ماتت وفي الولد وفاء بقيمتها برئ الغاصب برده عليه وفي رواية عنه انه يجبر بالولد قدر
نقصان الولادة ويضمن ما زاد على ذلك من قيمة الام وفي ظاهر الرواية عليه قيمتها يوم الغصب وتخريجه
ان الولادة ليست بسبب لموت الام اذ لا يفضي اليه غالبا فيكون موتها بغير الولادة من العوارض وهي
ترادف الالام وكبر الولد وضيق المخرج فلم يتحد سبب النقصان والزيادة وكلامنا فيما اذا اتحد
واما اذا مات الولد قبل الرد فلانه لم يحصل للمالك مالية المغصوب ولا بد منه لبراءة الغاصب والخصي
ليس بزيادة لانه غرض لبعض الفسقة ولهذا لو غصب العبد الخصي وهلك عنده لا يجب عليه قيمته خصيا
وانما يجب عليه قيمته غير خصي وكذا لو رده الغاصب بعد ما خصاه لا يرجع على المالك بما زاد الخصا
ولو كانت الزيادة معتبرة لرجع عليه بالزيادة كما يرجع بما زاد الصبغ هكذا ذكروه وهذا يشير الى انه
يجب عليه ضمان ما نقص بالخصا مع رده ان زادت قيمته وهو مشكل فان الغاصب اذا خصاه وازدادت
قيمته به لو يجب عليه ضمان ما فات بالخصا مع رد الخصي بل يخير المالك ان شاء ضمنه يوم غصبه
وترك الخصي للغاصب وان شاء اخذه ولا شيء له غيره ذكره في النهاية معزيا الى القنية وقاضي خان
فكان الاقرب هنا ان يمنع فلا يلزمنا ولا اتحاد في السبب فيما عدا ذلك من المسائل لان سبب النقصان
القطع والجز وسبب الزيادة النمو وسبب النقصان التعليم وسبب الزيادة الفطنة من العبد وفهمه
قال رحمه الله ولو زنى بمغصوبة فردت فماتت بالولادة ضمن قيمتها ولا يضمن الحرة وهذا عند ابي حنيفة
وقالا لا يضمن الامة ايضا الا نقصان الحبل لان الرد قد صح مع الحبل ولكنها معيبة بالحبل فيجب عليه
نقصان العيب ثم هلاكها بعد ذلك حصل بسبب حادث في يد المالك فلا يبطل به الرد ولا يضمنها
الغاصب الا النقصان كما اذا حمت في يد الغاصب فردها فماتت من تلك الحمى او زنت عند الغاصب
فردها وجلدت بعد الرد عند المالك وماتت من ذلك فانه لا يضمن الا نقصان عيب الزنا وكذا المبيعة
اذا سلمها الى المشتري وهي حبلى ولم يعلم المشتري بالحبل وماتت من الولادة لم يرجع المشتري على البائع
بشيء من الثمن اتفاقا ولابي حنيفة رحمه الله انه لم يردها كما اخذها لانه اخذها ولم ينعقد فيها سبب
التلف وردها وفيها ذلك فلم يصح الرد فصار كما اذا جنت جناية في يد الغاصب فقتلت بها او دفعت
بها بعد الرد فانه يرجع بقيمتها على الغاصب كذا هذا بخلاف الحرة لانها لا تضمن بالغصب حتى نقول
يبقى ضمان الغصب ويفسد به الرد ولا يجب ردها اصلا وفرقا وفي فصل الشراء الواجب الرد بل ابتداء

التسليم

التسليم كما وقع عليه العقد ان كان وقت العقد سليما فيجب عليه تسليم السليم وان كان معيبا يجب عليه
تسليم المعيب وبموتها بالولادة لا ينعدم التسليم وفي الغصب السلامة شرط لصحة الرد فلم يرد مثل
ما اخذها لا يعتد به فافترقا على انه ممنوع فيجب على البائع رد الثمن كالاستحقاق وفي فصل الحمى
الموت يحصل بزوال القوى وانه يزول بترادف الالام فلم يكن الموت حاصلا بسبب وجد في يد الغاصب
فيجب عليه ضمان قدر ما كان عنده دون الزيادة قال رحمه الله ومنافع الغصب وخمر المسلم وخنزيره بالاتلاف
اي لا يضمن منافع المغصوب وخمر المسلم وخنزيره وهو معطوف على الحرة في قوله ولا يضمن الحرة اي لا
منافع المغصوب فالمذكور مذهبنا وقال الشافعي يضمن لان المنفعة مال متقوم مضمونة بالعقد
كالاعيان لان المال اسم لما تميل اليه النفس مخلوق لمصالحنا والمنافع بهذه الصفة الا ترى انه يصلح
صداقا ولم يشرع ابتغاء النكاح الا بالمال بالنص ولولا انها مال لما صحت صداقا ولهذا جازت الاجارة
من العبد التاجر ولولا انها مال لما جازت لانه لا يملك العقد بغير المال وقد صح منه ان الاعيان
انما تصير مالا باعتبار الانتفاع بها وما لا ينتفع بها فليس بمال فاذا لم تقم الاعيان مالا الا باعتبارها
فكيف تنعدم المالية فيها وهي متقومة بنفسها لان التقوم عبارة عن العزة وهي عزيزة بنفسها عند
الناس ولهذا ايضا لان الاعيان لو جعلها بل تقوم الاعيان باعتبارها فيستحيل ان لا تكون هي متقومة
وان ابن عمر وعليا رضي الله عنهما حكما بوجوب قيمة ولد المغرور وحريته ورد الجارية مع عقرها الى المالك
ولم يحكما بوجوب اجر منافع الجارية واولادها مع علمهما ان المستحق يطلب جميع حقه وان
المغرور كان يستخدمها مع اولادها ولو كان ذلك واجبا لما سكتا عن بيانه لوجوبه عليهما ولان
المنافع حدثت بفعله وكسبه والكسب للكاسب لقوله عليه السلام كل الناس احق بكسبه فلا يضمن ملكه
ولان الغصب ازالة يد المالك باثبات اليد العادية ولا يتصور ذلك فيها لانها اعراض لا تبقى زمانين
فيستحيل غصبها وكذا الاتلاف فيها لانه لا يخلو اما ان يرد عليها الاتلاف قبل وجودها او حال وجودها
او بعد وجودها وكل ذلك محال اما قبل وجودها فلان اتلاف المعدوم لا يمكن واما حال وجودها
فلان الاتلاف اذا طرأ على الموجود رفعه فاذا قارنه منعه واما بعد وجودها فلانها تنعدم كما
وجدت فلا يتصور اتلاف المعدوم ولانها لو كانت اموالا مضمونة لضمنت بالمنافع لكونها مثلا
لها وهو اعدل فاذا لم تضمن بها لا يمكن ان تضمن بالاعيان لان الاعراض ليست بمثل للاعيان لانها لا
تبقى ولا يكون مثلا لما يبقى وضمان العدوان مشروط بالمماثلة بالنص والاجماع والاجارة اجيزت
للضرورة او لكونها برضى المتعاقدين وعند ذلك لا يشترط التساوي الا ترى ان بيع الشيء باضعاف
قيمته يجوز ولا يجوز ذلك في ضمان العدوان فبطلت المقايسة فاذا لم يكن المنفعة مثل لا يمكن
القضاء بها فيؤخر الى دار الجزاء حتى يحكم الله بمثله لان نعدم القضاء للعجز لا لعدم الحق والله على
كل شيء قدير وبكل شيء عليم فصار بمنزلة الكلمة لا ارش لها في الدنيا وايذاء حصل له من غيره
وقوله مال متقوم لا نسلم لان المال عبارة عن احراز الشيء وادخاره لوقت الحاجة في نوائب الدهر
وذلك لا يتحقق في المنافع لما ذكرنا والدليل عليه انه يقال فلان متمول اذا كان له مال موجود محرز مدخر
ولا يقال فلان متمول ولا مال له بالماكول والمشروب وبكل ما يستعمله ولهذا لا تعتبر المنافع من الثلث
في حق المريض حتى جاز له اعارة جميع ماله ولو كان المنافع مالا لما جاز الا من الثلث وجوازها مهرا
باتفاقهما لانها تصير مالا بالتراضي ولهذا جازت الاجارة من العبد التاجر واحد الشريكين والمضارب
والاب والوصي وقوله المال مخلوق لمصالحنا الى اخره قلنا هو كذلك لكن لصفة الاحراز سمي مالا
والمنافع لا يتصور فيها ذلك لاستحالة بقائها على ما بينا واما خمر المسلم وخنزيره فلعدم تقومهما

مطلقا الا ان ينقص باستعماله فيغرم نقصانه مسكين
وصورة غصب المنافع ان يغصب عبدا او يمسكه
شهرا او لا يستعمله ثم يرده وصورة اتلاف
المنافع ان يستعمل العبد شهرا ثم يرده يستخلص

ط
حتى يجب اجر المثل ولا فرق بين المذهبين فيما اذا
صرفها الى نفسه او عطلها على المالك في الحكم
وقال مالك ان صرفها الى نفسه يجب
اجر المثل وان عطلها لا شيء عليه
وفي الفتاوى المراجية اذا سكن
دارا معدة للغلة من غير استيجار
يجب الاجرة وعليه الفتوى
مسكين

فى حقه للنهى الوارد فيهما قال رحمه وضمن لو كان الذمى اى ضمن متلف الخمر والخنزير ان كان الذمى وقال الشافعى
لا يضمنهما للذمى ايضا وعلى هذا الخلاف اذا اتلفهما ذمى له انهما غير متقومين فى حق المسلم فوجب ان
يكونا فى حقهم كذلك لانهم اتباع لنا فى الاحكام قال عليه السلم فاذا قبلوا عقد الذمة فاعلمهم ان لهم ما
للمسلمين وعليهم ما عليهم وهذا يقتضى ان كل حق يثبت فى حق المسلمين يثبت فى حقهم لا ان حقهم يزيد
على حق المسلمين ولان عقد الذمة خلف عن الاسلام فيثبت به ما يثبت بالاسلام اذ الخلف لا يخالف
الاصل فسقط تقومهما فى حقهم ولا يصح بيعهما كما فى حق المسلم ولنا انا امرنا ان نتركهم وما يدينون
الا ترى الى قول عمر رضى الله عنه حين سال عما ذا تصنعون بما يمر به اهل الذمة من الخمور فقالوا
نعشرها فقال لا تفعلوا وولوهم بيعها وخذوا العشر من اثمانها فلولا انها متقومة وبيعها جائز لهم لما
امرهم بذلك ولان الامر بالاجتناب فى قوله تعالى فاجتنبوه يتناول المسلم فانتسخ فى حقه فبقى فى حق الكافر
على ما كان عليه من قبل على ما يعتقد لان السيف والمحاجة موضوعات عنهم فتعذر الالزام بخلاف الميتة
والدم لان احدا لا يعتقد تمولهما وبخلاف الربوا لانه مستثنى عن عقودهم لقوله عليه السلم الا من اربى
فليس بيننا وبينه عهد ولانه حرم عليهم فى دينهم قال تعالى واخذهم الربوا وقد نهوا عنه وبخلاف
العبد المرتد يكون للذمى فانا نقتله لانا ما ضمنا لهم ترك التعرض له لما فيه من الاستخفاف بالدين
وبخلاف متروك التسمية عامدا اذا كان لمن يبيحه من المسلمين لان ولاية المحاجة والسيف ثابتة فيمكن
الزامه فلا يجب له على متلفه الضمان ولا على من اشتراه الثمن ولا ينعقد صحيحا ثم المسلم اذا اتلف خمر
الذمى يجب عليه قيمتها وان كانت من ذوات الامثال لان المسلم ممنوع عن تملكه وتمليكه اياها لما فيه من
اعزازها بخلاف الذمى اذا استهلك خمر الذمى حيث يجب عليه مثلها لقدرته عليه ولا يصار الى القيمة
لا عند العجز وهو قادر على تمليكها وتملكها فلا يصار الى القيمة لان المثل اعدل ولو اسلم الطالب بعد
ما قضى له بمثلها فلا شئ على المطلوب لان الخمر فى حقه ليست بمتقومة فكان بالاسلام مبريا له عما كان
فى ذمته من الخمر وكذا لو اسلما الا ان فى اسلامهما اسلام الطالب ولو اسلم المطلوب وحده او اسلم المطلوب
ثم اسلم الطالب بعده قال ابو يوسف لا يجب عليه شئ وهو رواية عن ابى حنيفة وقال محمد يجب عليه قيمة الخمر
وهو رواية عن ابى حنيفة لان الاسلام الطارى بعد تقرر السبب كالاسلام المقارن للسبب وهو لا يمنع
وجوب قيمة الخمر على المسلم على ما بينا فكذا الطارى ولابى يوسف ان قبض الخمر المستحقة فى الذمة قد تعذر
استيفاؤها بسبب الاسلام ولا يمكن ايجاب قيمتها ايضا لانها لو وجبت لا يخلو اما ان تجب باعتبار
اصل السبب وذلك لا يمكن لان ذلك السبب اوجب عين الخمر دون القيمة ولم تكن القيمة واجبة فى ذلك
الوقت او تجب باعتبار انها بدل عن الخمر التى فى الذمة ولا يمكن ذلك ايضا لان من شرط البداية تمليك
ما فى الذمة والذمى لا يقدر على تمليك الخمر من المسلم كما ان المسلم لا يقدر ان يتملكها فلانعدام الشرط تعذر
استيفاء القيمة وهو نظير ما لو كسر قلب غيره ثم اتلف القلب المكسور فى يد صاحبه ليس لصاحبه ان
يضمن الكاسر شيئا لان شرط تضمين قيمته تمليك المكسور منه وذلك قد فات بخلاف الاسلام المقارن
لان وجوب القيمة هناك باعتبار اصل السبب وهو الغصب والاستهلاك فانه موجب الضمان باعتبار
الجناية من غير ان يصير موجبا للملك فى المحل كما فى غصب المدبر قال رحمه وان غصب خمرا من مسلم فخللها
او جلد ميتة فدبغه فللمالك اخذهما ورد ما زاد الدباغ اى ياخذ الخل بغير شئ والجلد المدبوغ ياخذه
ويرد عليه ما زاد الدباغ فيه والمراد بالاول اذا خللها بالنقل من الشمس الى الظل ومن الظل الى الشمس
وبالثانى اذا دبغه بما له قيمة كالعفص والقرظ ونحو ذلك والفرق ان التخليل تطهير لها بمنزلة
غسل الثوب النجس فيبقى على ملك المغصوب منه لان المالية لم تثبت بفعله وبعد الدباغ اتصل

اتصل بالجلد مال متقوم كالصبغ فى الثوب فلهذا ياخذ الخل بغير شئ ويأخذ الجلد ويعطى ما زاد
الدباغ فيه وطريق معرفته ان ينظر الى قيمة الجلد ذكيا غير مدبوغ والى قيمته مدبوغا فيضمن فضل
ما بينهما وللغاصب ان يحبسه حتى يستوفى حقه كحق الحبس فى المبيع بالثمن والرهن بالدين والعبد
الابق بالجعل قال رحمه وان اتلفهما ضمن الخل فقط اى ان اتلف الغاصب الخل والجلد المدبوغ فى يده
قبل ان يردهما الى صاحبهما ضمن الخل ولا يضمن الجلد المدبوغ وهذا عند ابى حنيفة وقالا يضمن قيمة
الجلد مدبوغا ويعطى ما زاد الدباغ فيه لان ملكه باق فيه ولهذا ياخذه وهو مال متقوم فيضمنه له
مدبوغا بالاستهلاك كما فى مسئلة الخل ثم يعطيه ما زاد الدباغ فيه كما اذا غصب ثوبا فصبغه
ثم استهلكه فان الغاصب فيه يضمن قيمة الثوب مصبوغا ويعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه وهذا
لانه واجب الرد عليه فاذا فوته عليه وجب عليه قيمته خلفا عنه كما فى الوديعة والمستعار بخلاف
الهلاك لانه لم يوجد منه التفويت وكونه غير مضمون عليه لا ينافى وجوب ضمان الجناية والاستهلاك
جناية فيضمنه به كما فى الوديعة والعارية والمستاجرة وكذا الوديعة بشئ لا قيمة له يضمنه بالاستهلاك
دون الهلاك فتبين بهذا ان الهلاك يفارق الاستهلاك وقولهما يعطى ما زاد الدباغ فيه محمول
على اختلاف الجنس بان قضى لاحدهما بالدراهم والاخر بالدنانير واما عند اتحاد الجنس فيحط عن الغاصب
قدر ما زاد الدباغ فيه ويوخذ منه الباقى لعدم الفائدة فى الاخذ منه ذلك القدر ثم الرد عليه ولابى حنيفة
ان ماليته وتقومه حصل بفعل الغاصب وفعله متقوم لاستعماله مالا متقوما فيه ولهذا كان له ان
يحبسه حتى يستوفى ما زاد الدباغ فيه فكان حقا له والجلد تبع لصنعة الغاصب فى حق التقوم ثم الاصل
وهو الصنعة لا يجب عليه ضمانه بالاتلاف فكذا التبع فصار كما اذا هلك من غير صنعه بخلاف وجوب
الرد عليه حال قيامه لانه يتبع الملك والجلد غير تابع للصنعة فى حق الملك لثبوته قبلها وان كان غير
متقوم بخلاف ما اذا دبغه بشئ لا قيمة له لان الصنعة فيه لم تحدث حقا للغاصب بعد الاتصال بالجلد ولهذا
لا يكون له حبس ولا الرجوع ببدلها وبخلاف الذكى والثوب لان التقوم فيهما كان ثابتا قبل الدبغ والصبغ
فلم يكن تابعا للصبغ وبخلاف المستعار ونحوه لانه لم يتصل به حق بالكلية فضلا ان تكون المالية
حصلت بفعله وعند المضمون انما يضمن بالجناية اذا لم يكن مستفادا من جهة الجانى لعوض يستحقه عليه
واما اذا كان مستفادا من جهته به فلا ضمان عليه الا ترى ان المشترى لما كان مالكا للمبيع من جهة البائع
بثمن يجب عليه له لا يجب على البائع الضمان باستهلاك المبيع وهنا مالية المغصوب وتقومه حصل
بفعل الغاصب بعوض يجب له على المالك فلو وجب عليه ضمانه بالاستهلاك حتى لو حدثت المالية
بغير عوض يستحقها عليه يضمنه بالاستهلاك كما فى مسئلة تخليل الخمر والدبغ بشئ غير متقوم ولو كان
قائما فاراد المالك ان يتركه على الغاصب ويضمنه قيمته فيما اذا دبغه بشئ متقوم ليس له ذلك بالاتفاق
لان الجلد لا قيمة له بخلاف صبغ الثوب لان للثوب قيمة وقيل عند ابى يوسف ومحمد له ذلك ويضمنه لان
الغاصب صار عاجزا عن الرد بتركه عليه فصار كالاستهلاك وفيما يضمن الغاصب عندهما قيل يضمنه
قيمة جلد مدبوغ ويعطيه ما زاد الدباغ فيه كما فى الاستهلاك وقيل قيمة جلد ذكى غير مدبوغ ولو دبغه
بما لا قيمة له كالتراب والشمس فهو لمالكه مجانا لانه بمنزلة غسل الثوب ولو استهلكه الغاصب يضمن
قيمته مدبوغا وقيل طاهرا غير مدبوغ لان وصف الدباغة هو الذى حصل فلا يضمنه والاكثرون على الاول
ووجهه ان صفة الدباغة تابعة للجلد وهى غير معتبرة منفردة عن الجلد ولهذا لا يرجع بها على المالك
عند دفع الجلد اليه فاذا صار الجلد مضمونا عليه بالاستهلاك فكذا اتبعه بخلاف ما اذا دبغه بشئ
متقوم ولو جعل الغاصب الجلد فروا او جرابا او زقا لم يكن للمغصوب منه عليه سبيل لانه تبدل الاسم

وهب اذا غصب ثوبا وصبغه ثم هلك

ولصاحبه ان ياخذ الجلد ولا شئ عليه وان استهلكها الغاصب يضمن قيمته طاهرا غير مدبوغ دون الهلاك والحكم

اى قضى بقيمة الجلد على الغاصب دراهم وبقيمة الدباغ على المغصوب منه دنانير او بالعكس هـ

والمعنى ينفصل الغاصب وبه يملكه على ما بيناه ثم ان كان الجلد ذكيا وجب عليه قيمته يوم الغصب وان كان
جلد ميتة فلا شيء عليه حكاه ذكره في النهاية من غير تفصيل ولا خلاف معزيا الى الايضاح والذخيرة وينبغي
ان يكون على الخلاف والتفاصيل الذي تقدم في الاستهلاك لانه استهلاك معنى ولو خلل الخمر بالقاء الملح
فيه قيل عند ابي حنيفة صار ملكا للغاصب ولا شيء عليه لانه بالخلط عاله استهلكه لان الخلط استهلاك
على ما عرف في موضعه فصار كالجلد اذا استهلكه بعد الدباغ باتخاذ الفرو او بغيره وعندهما اخذه
المالك واعطاه ما زاد الملح فيه بمنزلة دبغ الجلد وصبغ الثوب ومعناه ان يعطيه مثل وزن الملح من
الخل هكذا ذكروه كانهم اعتبروا الملح مايعا لانه يذوب فيكون اختلاط المايع بالمايع فيشتركان
عندهما ولو اراد المالك تركه عليه وتضمينه فهو على ما ذكرنا في دبغ الجلد من انه ليس له ذلك بالاتفاق
او عند ابي حنيفة وحده وعندهما له ذلك وقد ذكرنا وجهه ولو استهلكه لا يضمنه عند ابي حنيفة خلافا لهما
وهو ينبني على ما بينا في دبغ الجلد وقد ذكرنا الوجه فيه من الجانبين ولو خللها بصب الخل فيها قيل يكون
للغاصب بغير شيء عند ابي حنيفة سواء صارت خلا من ساعتها او بمرور الزمان عليها لان الخلط استهلاك
عنده واستهلاك الخمر لا يوجب الضمان وعندهما ان صارت خلا من ساعتها فكما قال ابو حنيفة رحمه الله
لانه استهلاك وان صارت بمرور الزمان كان الخل بينهما على قدر حقهما كيلا لانه لم يستهلك الخمر
فصار في التقدير كانه خلط الخل بالخل والخلط ليس باستهلاك عند محمد وان كان مايعا لان الجنس
لا يهلك بجنسه وقيل ظاهر الجواب فيها انه يقسم بينهما على قدر حقهما سواء صارت خلا من ساعتها
او بعد حين اما عندهما فلا يشكل لان الخلط ليس باستهلاك وكذلك عند ابي حنيفة لان الخلط انما يوجب
زوال الملك اذا كان يوجب الضمان وهنا قد تعذر وجوب الضمان لان خمر المسلم لا يضمن بالاتلاف فصار
كما اذا اختلط بنفسه من غير صنعه ولو استهلكه الغاصب في هذه الرواية ينبغي ان يجب عليه الضمان
اجماعا ذكره في النهاية معزيا الى قاضيخان عن الحلواني قال رحمه الله ومن كسر معزفا او اراق سكرا او منصفا
ضمن وصح بيع هذه الاشياء وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمنها ولا يجوز بيعها لانها معدة للمعصية
فسقط تقومها كالخمر ولانه فعله باذن الشارع لقوله عليه السلام بعثت بكسر المزامير وقتل الخنازير
ولقوله عليه السلام اذا راى احدكم منكرا فليغيره بيده فان لم يستطع فبلسانه فان لم يستطع فبقلبه وذلك
اضعف الايمان والكسر هو الانكار باليد ولهذا لو فعله بامر اولي الامر كالامام لا يضمن فبامر الشرع اولى
ولابي حنيفة رحمه الله انه اتلف مالا ينتفع به من وجه اخر سوى اللهو فلا تبطل قيمته لاجل اللهو كاتلاف
الامة المغنية لان الفساد مضاف الى فعل فاعل مختار وجواز البيع ووجوب الضمان مبنيان على
المالية وقد وجد والامر بالمعروف باليد الى اولي الامر لقدرتهم عليه وليس لغيرهم الا باللسان على
ان يحصل بدون الاتلاف بالمنع بالاخذ منه ثم يضمن قيمتها صالحة لغير اللهو كما في الامة المغنية
والكبش النطوح والحمامة الطيارة والديك المقاتل والعبد الخصي وتجب قيمة السكر والمنصف والمثل
لان المسلم ممنوع عن تملك عينه وان جاز فعله بخلاف الصليب حيث يضمن قيمته صليبا لانه مال
متقوم في حقه وقد امرنا بان نتركهم وما يدينون ثم قيل الخلاف في الدف والطبل الذي يضربان
للهو واما الدف والطبل اللذان يضربان في العرس او الغزو فيضمن بالاتفاق ولو شق زق خمر يضمن
عندهما لامكان الاراقة بدونه وعند ابي يوسف لا يضمن لانه قد لا يتيسر الاراقة الا به وذكر في النهاية
ان الزقاق لا تضمن بالكسر ان كان باذن الامام والفتوى في زماننا على قولهما لكثرة الفساد فيما بين الناس
وفي النهاية وذكر الصدر الشهيد في باب العدوى والاعداء من ادب القاضي رواية عن اصحابنا انه
يهدم البيت على من اعتاد الفسق وانواع الفساد حتى قالوا ايضا لا باس بالهجوم على بيت المفسدين

بيت

وقيل يراق العصير ايضا قبل ان يشتد ويقذف بالزبد على من اعتاد الفسق وقد روي عن عمر رضي الله عنهما
انه احرق البيت على الثقفي حين سمع ان شرابا في بيته وقد هجم عمر رضي الله عنه على نائحة في منزلها ثم ضربها
بالدرة حتى سقط خمارها فقيل له يا امير المؤمنين قد سقط خمارها فقال انها لا حرمة لها وتكلموا في قوله
لا حرمة لها قيل معناه انها لما اشتغلت بما لا يحل في الشرع فقد اسقطت بما صنعت حرمتها والتحقت
بالاماء وروي ان الفقيه ابا بكر البلخي خرج على بعض نهر وكان النساء على شطه كاشفات الرؤس والذراع
فقيل له كيف تفعل هذا فقال لا حرمة لهن انما الشك في ايمانهن كانهن حربيات وانما قال ذلك استدلالا
بما روي عن عمر رضي الله عنه ثم الامر بالمعروف فرض ان كان يغلب على ظنه انه يقبل منه والا يسعه تركه ولو
علم انه يهان بذلك او يضرب وهو لا يصبر على ذلك او تقع الفتنة فتركه افضل ولو علم انه يصبر على
الضرب ولم يصل الى غيره ضرر بذلك فلا باس به وهو مجاهد بذلك ولو علم منهم انهم لا يقبلون
منه ولا يخاف منهم ضربا ولا شتما فهو بالخيار والامر افضل قال رحمه الله ومن غصب ام ولد او مدبرة
فماتت ضمن قيمة المدبرة لا ام الولد وهذا عند ابي حنيفة وقالا يضمن [illegible] ام الولد ايضا لانها متقومة
عندهما كالمدبرة وعنده غير متقومة بخلاف المدبرة وقد ذكرناه ووجهه من الجانبين في كتاب العتاق

كتاب الشفعة

وهي ماخوذة من الشفع وهو الضم ضد الوتر ومنه شفاعة النبي صلى الله عليه وسلم
لانه عليه السلام يضمهم بها الى الفائزين يقال شفع الرجل شفعا اذا كان فردا فصار له ثان والشفيع فيما نحن
فيه يضم الماخوذ الى ملكه فلذلك سمي شفعة قال رحمه الله هي تمليك البقعة جبرا على المشتري بما قام عليه
هذا في الشرع ومعناه اللغوي موجود فيه وهو الضم ويزيد عليه اوصاف من التملك البقعة على وجه الجبر
وسببها اتصال ملك الشفيع بالمشتري لانها تجب لدفع ضرر الدخيل عنه على الدوام بسبب سوء المعاشرة
والمعاملة من حيث اعلاء الجدار وايقاد النار ومنع ضوء النهار واثارة الغبار وايقاف الدواب
والصغار لا سيما اذا كان يضاده كما قيل اضيق السجون معاشرة الاضداد وشرطها ان يكون المحل عقارا
سفلا كان او علوا احتمل القسمة او لا وان يكون العقد عقد معاوضة مال بمال وركنها اخذ الشفيع
من احد المتعاقدين عند وجود سببها وشرطها وحكمها جواز الطلب عند تحقق السبب وصفتها ان الاخذ
بها بمنزلة شراء مبتدا حتى يثبت بها ما يثبت بالشراء نحو الرد بخيار الرؤية والعيب قال رحمه الله وتجب
للخليط في نفس المبيع ثم للخليط في حق المبيع كالشرب والطريق ان كان خاصا ثم للجار الملاصق لما روي
جابر ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة في كل شركة لم يقسم ربعة او حائط لا يحل له ان يبيع حتى يؤذن
شريكه فان شاء اخذ وان شاء ترك وان باعه ولم يؤذنه فهو احق به رواه مسلم والنسائي وابو داود
وعن عبادة بن الصامت ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة بين الشركاء في الارضين والدور
رواه عبد الله بن احمد في المسند وقال عليه السلام الجار احق بشفعة جاره ينتظر بها وان كان غايبا
اذا كان طريقهما واحدا رواه ابو داود واحمد والدارقطني وابن ماجة وقال عليه السلام جار الدار احق
بالدار من غيره رواه احمد وابو داود والترمذي وصححه وقال عليه السلام الجار احق بسقبه ما كان
رواه احمد والنسائي وابن ماجة وانما وجبت مرتبة على الترتيب الذي ذكره هنا لانها وجبت
لدفع الضرر الدائم الذي يلحقه من جهته على ما بينا فكل ما كان اكثر اتصالا كان اخص بالضرر
واشد تضررا معه فكان احق بها لقوة الموجب لها فليس للاضعف ان ياخذ مع وجود الاقوى الا اذا ترك
فحينئذ ياخذ اذا اشهد بانه يطلبها عند علمه بالبيع وان لم يشهد عند ذلك سقط حقه وعن ابي يوسف انه
لا ياخذ وان ترك لانه محجوب به قلنا تحقق السبب في حقه وانما قدم عليه غيره لقوته فاذا
ترك كان له ان ياخذ وهو نظير دين الصحة مع دين المرض وقال الشافعي لا شفعة بالجوار لقول جابر رضي الله عنه

والضرر صح

الامر بالمعروف فرض ان غلب على ظنه القبول

الشفعة صح

واعلم المناسبة بين الكتابين من حيث ان كلا منهما يفضي الى تملك مال الانسان بغير رضاه الا ان الغصب يصلح سببا للتملك كل مال والشفعة لا تجري الا في العقار فلذا قدم الغصب مع كونه عدوانا وهي مشتقة من الشفع

سميت بها لما فيها من ضم المشتري الى ملك الشفيع ومنه الشفع الذي هو ضد الوتر

بان يكون المبيع مشتركا بين رجلين فباع احدهما من اجنبي

بالكسر وهو النصيب من الماء وفي الشرع عبارة عن نوبة الانتفاع بالماء سقيا للزرع كما في المغرب وعن ابي يوسف ان مع وجوده في الرقبة لا شفعة لغيره ان كان لكل واحد من الشرب والطريق خاصا

قيل يا رسول الله ما سقبه قال شفعته

قضى بالشفعة في كل مال لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة رواه البخاري وقال عليه السلام
اذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة رواه الترمذي وصححه وقال عليه السلام اذا قسمت الدار
وحددت فلا شفعة رواه ابو داود وابن ماجة بمعناه ولان الشفعة ثبتت على خلاف القياس كيلا يلزمه
مونة القسمة وهذا المعنى لا يتحقق في الجار لانه لا يقاسمه ولهذا لا تجب عنده في المشترك اذا كان لا يحتمل
القسمة كالبير والحمام والبيت الصغير لعدم خوف الامن من لزوم المونة ولنا ما روينا والمراد بما روى
والله اعلم انها لا تجب للجار بقسمة الشركاء لانهم احق منه وحقه متاخر عن حقهم وبذلك يحصل التوفيق
من الاحاديث ولا نسلم ان الشفعة وجبت لدفع اجرة القسمة وكيف يكون ذلك واجرة القسمة مشروعة
وكيف يجوز الحاق الضرر بالمشتري باخذ ماله بغير رضاه لدفع حكم مشروع وانما العلة الموجبة دفع ضرر
يلحقه بسوء العشرة على الدوام ولو كان لدفع اجرة القسمة لوجبت في المنقول وقوله اذا كان خاصا
اي الشرب او الطريق ان كان خاصا يستحق به وان لم يكن خاصا لا يستحق به الشفعة والطريق الخاص ان
يكون غير نافذ وان كان نافذا فليس بخاص وان كانت سكة غير نافذة يتشعب منها سكة غير نافذة فبيعت
دار في السفلى فلاهلها الشفعة دون اهل العليا وان بيعت في العليا فلاهل السكتين الشفعة لان في العليا
لاهل السكتين حق حتى كان لهم كلهم ان يمروا بها وليس في السفلى حق لاهل العليا حتى لا يكون لهم ان يمروا فيها
ولا لهم فتح الباب اليها على ما بينا في كتاب القضاء والشرب الخاص على قول ابي حنيفة ومحمد ان يكون نهرا صغيرا
لا تجري فيه السفن وان كان كبيرا بحيث تجري فيه السفن فليس بخاص فاذا بيع ارض من الاراضي التي تسقى
منه لا يستحق اهل النهر الشفعة بسببه والجار احق منهم بخلاف النهر الصغير وقيل اذا كان اهله لا يحصون
فهو كبير وان كانوا يحصون فهو صغير وعليه عامة المشايخ لكن اختلفوا في حد ما يحصى وما لا يحصى فبعضهم
قدر ما لا يحصى بخمسماية وبعضهم باربعين وعن ابي يوسف الخاص ان يكون نهر يسقى منه قراحان او ثلاثة
وما زاد على ذلك فهو عام وقيل هو مفوض الى راي المجتهدين في كل عصر فان راوهم كثيرا كانوا كثيرا وان راوهم
قليلا كانوا قليلا وهو اشبه الاقاويل قال والشريك في خشبة على الحايط وواضع الجذوع على
الحايط جار اي لا يكون شريكا لان الشركة المعتبرة هي الشركة في العقار لا في المنقول والخشبة منقولة
وبوضع الجذوع على الحايط لا يكون شريكا في الدار وكذا بالشركة في الجذوع لا يكون شريكا فيها لكنه
جار ملاصق لوجود اتصال بقعة احدهما ببقعة الاخر فيستحق الشفعة على انه جار ملازق ولا يترجح
بذلك على غيره من الجيران وكذا اذا كان بعض الجيران شريكا في الجدار لا يقدم على غيره من الجيران
لان الشركة في البنا المجرد بدون الارض لا يستحق بها الشفعة ولو كان البنا والمكان الذي عليه البنا مشتركا
بينهما كان هو اولى من غيره من الجيران ويتاتى ذلك بان يبني الشريكان في المشترك ثم يقتسما الارض
غير موضع البنا فبقي البنا وموضعه على الشركة وانما كان هو اولى لانه شريك في بعض المبيع والشريك
اولى اما في موضع البنا فظاهر لكونه شريكا فيه واما في الباقي فكذلك عند محمد واحدى الروايتين عن ابي يوسف
لان الضرر اخص به حيث كان شريكا في البعض فيقدم على الجار وفي رواية اخرى عنه هو والجار سواء في
غير موضع الجدار لان استحقاقه الشفعة في غير موضع الجدار بالجوار وغيره من الجيران يساويه فيه
وعلى هذا لو كان لبعض الجيران شريكا في منزل من الدار وبيت منها فبيعت الدار كان هو احق في المنزل
لما ذكرنا واستووا في البقية في رواية لانهم جيران في حق البقية ولو كانت دار بين رجلين ولاحدهما
فيها بير مشتركة بينه وبين اخر غير شريكه في الدار فباعها كان الشريك في الدار اولى بشفعة الدار
لانه شريك فيها والاخر جار وعلى هذا لو كان سفل بين رجلين عليه علو لاحدهما مشترك بينه وبين
اخر فباع هو السفل والعلو كان العلو لشريكه في العلو والسفل لشريكه في السفل لان كل واحد منهما شريك

والشريك في البزلة شريك فيها والاخر جار

في نفس المبيع وحقه وجار في حق الاخر او كان طريقهما واحدا قال على عدد الرؤس بالبيع اي تجب
الشفعة بالبيع وتقسم على عدد الرؤس اذا كانوا كثيرين وقال الشافعي على مقدار الانصبا لان الشفعة
من مرافق الملك الا ترى انها لتكميل المنفعة فاشبه الغلة والربح والولد والثمرة ولنا انهم استووا
في سبب الاستحقاق بوجود علة استحقاق الكل في حق كل واحد منهم ولهذا لو انفرد واحد اخذ الكل
والاستوا في العلة لا توجب الاستوا في الحكم ولا ترجيح بكثرة العلل بل بقوة فيها الا ترى ان احد الخصمين
اذا اقام شاهدين والاخر اربعة فهما سواء وكذا اصحاب الجراحات مع صاحب جراحة واحدة بخلاف
الجز مع الجرح فان الجز اقوى لانه لا يتخلف عنه الموت فكان اولى باضافة الموت وما استشهد به من
الولد وغيره متولد من الملك فيستحق بقدر الملك وتملك ملك الغير لا يتولد من ملكه فكيف يجعل من ثمراته
بل العلة اصل الملك لا قدره والحكم لا يزداد بزيادة العلة ولو اسقط بعضهم حقه قبل القضا لهم
كان لمن بقي ان ياخذ الكل لان السبب لاستحقاق الكل قد وجد في حق كل واحد منهم والتنقيص للمزاحمة
وقد زالت ونظيره الرهن فانه يحبس بكل الدين وبكل جزء من اجزائه ولهذا لو وفى البعض او كان
رهنا عند رجلين فقضى دين احدهما ليس له ان ياخذ شيئا من الرهن بخلاف ما اذا اسقط حقه بعد
القضا حيث لا يكون له ان ياخذ نصيب التارك لانه بالقضا قطع حق كل واحد منهم في نصيب الاخر
ولو كان بعضهم غايبا يقضى بالشفعة بين الحاضرين في الجميع لان الغايب يحتمل ان لا يطلب فلا يوخر
بالشك وكذا لو كان الشريك غايبا فطلب الحاضر يقضى له بالشفعة لما ذكرنا ثم اذا حضر وطلب الشفعة
قضى له بها لتحقق طلبه غير ان الغايب اذا كان يقاسمه الحاضر لا يقضى له بالكل اذا اسقط الحاضر حقه
لتحقق انقطاع حقه عن الباقي بالقضاء وهو نظير ما لو قضى للشريك ثم ترك ليس للجار ان ياخذه لانه
بالقضا للشريك انقطع حقه وبطل لانه قضى عليه بذلك لتقدمه عليه ولو اراد ان ياخذ الشفيع البعض
ويترك البعض فليس له ذلك الا برضا المشتري لانه يلحقه ضرر بتفريق الصفقة عليه ولو جعل بعض
الشفعا نصيبه لبعض لا يصح ويسقط حقه به لاعراضه ويقسم بين الباقين على عدد رؤسهم وكذا لو
كان احد الشفيعين حاضرا والاخر غايبا فطلب الحاضر الشفعة في النصف على حساب انه يستحق في النصف
بطلت شفعته لانه يستحق الكل والقسمة للمزاحمة فاذا ترك في شي منها وجد الاعراض فيه فيسقط
في الكل لكونه لا يتجزى وكذا لو كانا حاضرين فطلب كل واحد منهما النصف بطلت شفعتهما ولو طلب
احدهما الكل والاخر النصف بطل حق من طلب النصف وللاخر ان ياخذ الكل او يترك وليس له ان ياخذ
النصف لما ذكرنا والباقي قوله بالبيع يتعلق بيجب في قوله تجب للخليط معناه تجب له الشفعة بعقد
البيع اي بعده لا انه سبب له لان السبب هو الاتصال على ما بينا والشرط رغبة المالك عنها حتى اذا
اخرجها بالبيع اخذها الشفيع لوجود رغبته عنها وقيل البيع هو السبب بدليل ان الشفيع لو اسقط الشفعة
قبل الشرا لا يصح لكونه اسقاطا قبل وجود سببه وهو البيع ولو كان السبب الاتصال لصح لكونه
بعد وجود السبب وجوابه انه انما لم يصح الاسقاط قبله لفقد شرطه وهو البيع لان السبب لا يكون
سببا الا عند وجود شرطه كما في الطلاق المعلق قال وتستقر بالاشهاد لانها حق ضعيف يبطل
بالاعراض فلا بد من الاشهاد بعد طلب المواثبة وهو ان يطلب كما سمع لقوله عليه السلام الشفعة لمن واثبها
وقال عليه السلام الشفعة كحل العقال ولان رغبته فيها بذلك تعلم ولانه يحتاج الى اثبات طلبه عند
القاضي ولا يمكنه ذلك الا بالاشهاد قال وتملك بالاخذ بالتراضي او بقضاء القاضي اي تملك الدار
المشفوعة باحد امرين اما بالاخذ اذا سلمها المشتري برضاه او بحكم الحاكم من غير اخذ لان ملك المشتري قد تم
بالشرا فلا يخرج عنه الى الشفيع الا برضاه او بحكم الحاكم لان للحاكم ولاية عامة فيقتصر على ذلك في ضمن

دون مقادير الاملاك مسكين

حتى لو كان دار بين ثلاثة لاحدهم نصفها وللاخر سدسها وللاخر ثلثها فباع صاحب السدس نصيبه من اجنبي واخذ الشريكان المبيع بالشفعة تقسم بينهما بالاخماس ثلاثة اخماسه لصاحب النصف والخمسان لصاحب الثلث مسكين

الحكم بالحق فوق ولايته على نفسه فوق ولاية القاضي عليه فكان اولى بذلك ونظيره الهبة لما تم ملك
الموهوب له الخروج عن ملكه الا باحد الامرين المذكورين الا ان اخذ الشفعة بقضاء القاضي احوط حتى كان
للشفيع ان يمتنع من الاخذ اذا سلم المشترى له بغير قضاء وفي القضاء زيادة فايدة وهي صيرورة الحادثة
معلومة للقاضي وتبين سبب ملكه له فاذا كانت المشفوعة تملك باحد الامرين فقبل وجود احدهما
لا يثبت له فيها شيء من احكام الملك حتى لا تورث عنه اذا مات فهذه الحالة تبطل شفعته اذا باع داره
التي يشفع بها ولو بيعت دار بجنبها في هذه الحالة لا يستحقها بالشفعة لعدم ملكه فيها والله اعلم
باب طلب الشفعة قال ثم على البايع لو كان
في يده اي اذا كان المبيع في يده او على المشترى او عند العقار فهذان طلبان فالاول طلب المواثبة والثاني
طلب التقرير وفيه طلب ثالث وهو طلب الاخذ والتملك ولا بد من هذه الثلاثة اما الاول وهو طلب
المواثبة فلما روينا وبينا من المعنى والشرط ان يطلب كما علم على الفور من غير تاخير ولا سكوت لان سكوته
بعد العلم يدل على رضاه بجوار الجار الحادث ومجاورته فتبطل شفعته به ولو اخبر بكتاب والشفعة في اوله
او وسطه فقرا الكتاب الى اخره بطلت شفعته اذا كان ذلك بعد علم المشترى والثمن لان السكوت انما
يكون دليل الرضا بعد العلم بهما كالبكر لا يكون سكوتها رضى الا اذا كان بعد العلم بالزوج ثم اذا اخبر
بحضرة الشهود يشهدهم عليه وان لم يكن بحضرته احد يطلب من غير اشهاد لان هذا الطلب صحيح من غير
اشهاد والاشهاد لمخافة الجحود والطلب لا بد منه كيلا يسقط حقه فيما بينه وبين الله تعالى وليمكنه
الحلف اذا حلف ولئلا يكون معرضا عنها راضيا بجوار الدخيل ويشترط ان يكون متصلا بعلمه عند
عامة المشايخ وهو مروي عن محمد رحمه الله وعنه ان له التامل الى اخر المجلس كالمخيرة لانه تملك فلا بد
من التامل فيه كساير التملكات وبهذه الرواية اخذ الكرخي ولو قال بعدما بلغه البيع الحمد لله او لا حول
ولا قوة الا بالله العلي العظيم او سبحان الله لا تبطل شفعته على هذه الرواية لان الاول حمد على الخلاص
من جواره والثاني تعجب منه لقصده الاضرار به والثالث لافتتاح الكلام به ولا يدل شيء منه
على الاعراض وكذا اذا قال من ابتاعها وبكم بيعت لانه يرغب فيها بثمن دون ثمن ويرغب عن مجاورة
بعض دون بعض فلا يدل ذلك قبل العلم به على الاعراض وكذا لو قال خلصني الله ويصح الطلب بكل لفظ
يفهم منه طلب الشفعة في الحال ولا يجب عليه الطلب حتى يخبره بها رجلان عدلان او رجل وامراتان عدل
عند ابي حنيفة او رجل واحد عدل لان فيها الزاما من وجه دون وجه فيشترط فيها احد شطري الشهادة
اما العدد او العدالة وقد ذكرناها من قبل مع اخواتها وعندهما يجب عليه الاشهاد اذا اخبره واحد حر
كان او عبد صغيرا كان او كبيرا اذا كان الخبر حقا واذا لم يشهد بطلت شفعته ولو اخبره المشترى بنفسه
يجب عليه الطلب بالاجماع كيف ما كان لانه خصم فيه والعدالة غير معتبرة في الخصوم واما الثاني
وهو طلب التقرير فلا بد من الاشهاد فيه لانه يحتاج اليه لاثباته عند القاضي ولا يمكنه الاشهاد
على طلب المواثبة ظاهرا لانه على الفور فيحتاج بعد ذلك الى الاشهاد للتقرير حتى لو امكنه ذلك واشهد
عند طلب المواثبة بان بلغه البيع بحضرة الشهود والمشترى او البايع حاضر او كان عند العقار يكفيه
ويقوم ذلك مقام الطلبين ذكره شيخ الاسلام وكيفية هذا الطلب ان ينهض من المكان الذي سمع فيه
ويشهد على البايع ان كان المبيع في يده او على المشترى او عند العقار فاذا فعل ذلك استقرت شفعته
وانما صح الاشهاد عند هولاء الثلاثة لان المشترى والبايع خصم فيه بالملك او باليد واما عند
العقار فلتعلق الحق به ولا يكون البايع خصما بعد تسليم المبيع الى المشترى لعدم الملك واليد فلا يصح
الاشهاد عليه بعده هكذا ذكر القدوري والناطفي وذكر شيخ الاسلام انه يصح استحسانا وهذا

الطلب مقدر بالتمكن من الاشهاد مع القدرة على احد هولاء الثلاثة حتى لو تمكن ولم يطلب بطلت
شفعته وان قصد الابعد من هذه الثلاثة وترك الاقرب فان كانوا جميعا في مصر جاز استحسانا
لان نواحي المصر جعلت كناحية واحدة حكما كانهم في مكان واحد وان كان بعضهم فيه والبعض في مصر
اخر او في الرستاق فقصد الابعد وترك الذي في مصره بطلت شفعته قياسا واستحسانا لتباين
المكانين حقيقة وحكما ولو كان الشفيع غايبا يطلب هو طلب المواثبة حين يعلم ثم يعذر في تاخير طلب
التقرير بقدر المسافة الى احد هذه الثلاثة وصورة هذا الطلب ان يقول ان فلانا اشترى هذه
الدار وانا شفيعها وقد كنت طلبت الشفعة واطلبها الان فاشهدوا على ذلك وعن ابي يوسف انه
يشترط تسمية المبيع وتحديده لان مطالبة غير معلوم لا يصح فاذا لم يبين المطلوب لم تكن المطالبة
اختصاص بالمبيع فلم يكن لها حكم حتى يبين المطلوب واما الثالث وهو طلب الاخذ والتملك فلا بد
منه ايضا لانه لا يحكم له بدون طلبه ونبين كيفية هذا الطلب من قريب ان شاء الله تعالى قال ثم لا تسقط
بالتاخير اي لا تسقط الشفعة بتاخير هذا الطلب وهو طلب الاخذ بعد ما استقرت شفعته بالاشهاد
وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه اذا ترك المخاصمة في مجلس من مجالس
القاضي من غير عذر بطلت شفعته لانه دليل الاعراض والتسليم كما في تاخير الطلبين الاولين وقال محمد
ان اخر هذا الطلب الى شهر من غير عذر بطلت شفعته وعنه انه قدره بثلاثة ايام لانه لو لم
يسقط بتاخيره الحق المشترى ضرر من جهته لانه يمتنع عن التصرف فيه خشية ان ينقض تصرفه وهو
مدفوع قال عليه السلام لا ضرر ولا ضرار في الاسلام ثم قدر تلك المدة بثلاثة ايام في رواية لانها
هي التي ضربت للابلاء والاعذار كامهال الخصم للدفع والمدين للقضاء وفي رواية قدرها بالشهر وهو قولهما
ورواية عن ابي يوسف لانه اجل وما دونه عاجل على ما مر في الايمان وجه الظاهر ان حقه قد تقرر بالاشهاد
فلا يبطل بالتاخير كساير الحقوق وما ذكر من الضرر يمكنه ازالته بان يرفع الامر الى الحاكم فيامره بالاخذ
او بالترك على انه يشكل بما اذا كان الشفيع غايبا حيث لا يسقط بالتاخير ولو كان ضرره مراعى لسقطت
اذ لا فرق في لزوم الضرر في حقه بين ان يكون حاضرا او غايبا ولو كان التاخير بعذر من مرض او حبس
او عدم قاض يرى الشفعة بالجوار في بلدة لا يسقط بالاجماع وان طالت المدة لكونه لا يتمكن من الخصومة
في مصره وقال شيخ الاسلام الفتوى اليوم على انه اذا اخرها شهرا سقطت الشفعة لتغير احوال الناس
في قصد الاضرار بالغير قال ثم فان طلب عند القاضي سال المدعى عليه فان اقر بملك ما يشفع به او نكل
او برهن الشفيع ساله عن الشراء فان اقر به او نكل او برهن الشفيع قضى بها اي اذا تقدم الشفيع
وادعى الشراء وطلب الشفعة عند القاضي سال القاضي المدعى عليه وهو المشترى عن الدار التي يشفع
بها الشفيع هل هي ملك الشفيع ام لا فان اقر بانها ملكه او انكر ونكل عن اليمين او اقام الشفيع بينة
انها ملكه سال القاضي المشترى عن الشراء فيقول له اشتريت ام لا فان اقر بانه اشترى او نكل عن اليمين
او اقام الشفيع بينة قضى بالشفعة لثبوته عنده وهذا هو طلب الاخذ الموعود به فذكر هنا
سؤال القاضي المدعى عليه عن ملك الشفيع اولا عقيب طلب الشفيع وليس كذلك بل القاضي يسال
اولا المدعي قبل ان يقبل على المدعى عليه عن موضع الدار من مصره ومحلة وحدودها لانه ادعى فيها
حقا فلا بد من ان تكون معلومة لان دعوى المجهول لا يصح فصار كما اذا ادعى ملك رقبتها فاذا
تبين ذلك ساله هل قبض المشترى الدار ام لا لانه اذا لم يقبضها لا تصح دعواه على المشترى حتى يحضر
البايع فاذا تبين ذلك ساله عن سبب شفعته وحدود ما يشفع بها لان الناس يختلفون فيه
فلعله ادعاه بسبب غير صالح او يكون هو محجوبا بغيره فاذا بين سببا صالحا ولم يكن محجوبا بغيره

سأله انه بنى علم وكيف صنع حين علم لانها تبطل بطول الزمان وبالاعراض وبما يدل عليه فلا بد من
كشف ذلك فاذا بين ذلك سأله عن طلب التقرير كيف كان وعند من اشهد وهل كان الذي اشهد عنده
كان اقرب من غيره ام لا على الوجه الذي بيناه فاذا بين ذلك كله ولم يخل بشيء من شروطه تم دعواه
واقبل على المدعى عليه فسأله عن الدار التي يشفع بها هل هي ملك الشفيع ام لا وان كانت هي في يد الشفيع
وهي تدل على الملك ظاهرا لان الظاهر لا يصلح للاستحقاق فلا بد من ثبوت ملكه بحجة لاستحقاق الشفعة
فيسأله عنه فان انكر ان تكون ملكا له يقول للمدعي اقم البينة انها ملكك فان عجز عن البينة وطلب
يمينه استحلف المشتري بالله ما يعلم انها ملك للذي ذكره مما يشفع به لانه ادعى عليه حقا لو اقر به
لزمه ثم هو في يد غيره فيحلف على العلم وهذا عند ابي يوسف وعند محمد يحلف على البتات لان المدعي
يدعي عليه استحقاق الشفعة بهذا السبب فصار كما اذا ادعى عليه الملك بسبب الشراء فان نكل
او اقام الشفيع بينة او اقر المشتري بذلك ثبت ملك الشفيع في الدار التي يشفع بها وثبت السبب
وبعد ذلك يسأل القاضي المدعى عليه فيقول له هل اشتريت ام لا فان انكر الشراء قال للشفيع اقم البينة (انكر)
انه اشترى لان الشفعة لا تجب الا بالشراء فلا بد من اثباته بالحجة فان عجز عن اقامة البينة وطلب
يمين المشتري استحلف بالله ما اشترى او بالله ما استحق عليه في هذه الدار شفعة من الوجه الذي ذكره
فهذا تحليف على الحاصل وهو قول ابي حنيفة رحمه الله والاول على السبب وهو قول ابي يوسف على ما بيناه في
الدعوى وانما يحلف على البتات لانه تحليف على فعل نفسه وعلى ما في يده اصالة وفي مثله يحلف على البتات
على ما عرف في موضعه فان نكل او اقر او اقام الشفيع بينة قضي بها لظهور الحق بالحجة قال رحمه الله ولا يلزم
الشفيع احضار الثمن وقت الدعوى بل يجوز له المنازعة وان لم يحضر الثمن الى مجلس القاضي فاذا قضى القاضي
له بالشفعة لزمه احضار الثمن وهذا ظاهر رواية الاصل وعن محمد ان القاضي لا يقضي له بالشفعة حتى
يحضر الثمن وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة احترازا عن توى الثمن وجه الظاهر ان الثمن قبل القضاء غير واجب
عليه ولا يطالب باداية ولا احضاره للتسليم ولا يجب التسليم قبل الوجوب فلا معنى لاحضاره قبل القضاء
ثم اذا قضى القاضي له بالشفعة قبل احضار الثمن فللمشتري ان يحبس العقار عنه حتى يدفع الثمن اليه لانهما
نزلا منزلة البايع والمشتري وينفذ القضاء عند محمد ايضا لانه فصل مجتهد فيه ولو اخر دفع الثمن بعد
ما قال ادفع الثمن اليه لا تبطل بالاجماع لتاكدها بالقضاء بخلاف ما اذا اخر قبل القضاء بعد الاشهاد عند محمد
حيث تبطل لعدم التاكد قال رحمه الله وخاصم البايع لو في يده اي للشفيع ان يخاصم البايع اذا كان المبيع
في يده لان له يدا محقة اصالة فكان خصما كالمالك بخلاف المودع والمستعير ونحوهما لان يدهم ليست
اصالة فلا يكون خصما قال رحمه الله ولا يسمع البينة حتى يحضر المشتري فيفسخ البيع بشهادة والعهدة
على البايع لان الشفيع مقصوده ان يستحق الملك واليد فيقضي القاضي بهما له فيشترط حضور البايع
والمشتري للقضاء عليهما لان لاحدهما يدا وللاخر ملكا فلا بد من اجتماعهما لان القضاء على الغايب لا يجوز
ولان اخذه من يد البايع يوجب فوات المبيع قبل القبض وفواته قبله يوجب الفسخ لكونه قبل تمامه
كما اذا هلك قبل القبض ولا يجوز ان يفسخ عليهما الا بحضرتهما لانه قضاء عليهما بالفسخ وهو لا يجوز
على الغايب بخلاف ما بعد القبض حيث لا يشترط حضور البايع لان العقد قد انتهى بالتسليم فصار
البايع اجنبيا عنهما ثم وجه هذا الفسخ المذكور هنا ان يجعل فسخا في حق الاضافة الى المشتري
لان المبيع قد فات بالاخذ قبل القبض وهو يوجب الفسخ فقلنا بانه الفسخ بالاضافة الى المشتري
وبقي اصل العقد لان انفساخه يوجب سقوط الشفعة وهي انما تجب بعقد البيع فيجعل العقد
مضافا الى الشفيع قايما مقام المشتري كان البايع باعه اياه وخاطبه بالايجاب فيجعل العقد متحولا

الى الشفيع فلم ينفسخ اصله وانما الفسخ اضافته الى المشتري ونظيره في المحسوسات من رمى سهما
الى شخص فتقدم غيره فاصابه فالرمي بنفسه لم ينتقض والتوجه الى الاول قد انتقض بتخلل الثاني
وتوجهه اليه فكذا هنا تحولت الصفقة الى الشفيع كان العقد من الابتداء وقع معه قال رحمه الله والوكيل
بالشراء خصم للشفيع ما لم يسلم الى الموكل لان الخصومة فيها من حقوق العقد وهي الى العاقد اصيلا كان
او وكيلا ولهذا لو كان البايع وكيلا كان للشفيع ان يخاصمه ويأخذها منه بحضرة المشتري كما اذا
كان البايع هو المالك على ما بينا الا انه اذا سلمها الى الموكل لا يد للوكيل ولا ملك له فلا يكون خصما
بعده فصار كالبايع فانه يصير خصما ما لم يسلمها الى المشتري فاذا سلمها لم يبق له يد ولا ملك فخرج
من ان يكون خصما وهذا اشتمل غير انه لا يشترط للقضاء حضور الموكل لان الوكيل نايب عنه لانه
اقامه باختياره مقام نفسه فكان حضوره كحضور الموكل ولا كذلك البايع لانه ليس بنايب عن المشتري
فلا بد من حضور المشتري للقضاء عليه بخروجه عن ملكه والاب والوصي كالوكيل قال رحمه الله وللشفيع خيار
الرؤية والعيب وان شرط المشتري البراءة منه لان الاخذ بالشفعة شراء من المشتري ان كان الاخذ بعد
القبض وان كان قبله فشراء من البايع لتحول الصفقة اليه فيثبت له الخياران فيه كما اذا اشتراه منهما
باختياره ولا يسقط خياره برؤية المشتري ولا بشرط البراءة منه لان المشتري ليس بنايب عن الشفيع
فلا يعمل شرطه ورؤيته في حقه قال رحمه الله وان اختلف الشفيع والمشتري في الثمن فالقول للمشتري لان
الشفيع يدعي عليه استحقاق الاخذ عند نقد الاقل والمشتري ينكر ذلك والقول للمنكر مع يمينه ولا يتحالفان
لان التحالف عرف بالنص فيما اذا وجد الانكار من الجانبين والدعوى من الجانبين والمشتري لا يدعي على الشفيع
شيئا فلا يكون الشفيع منكرا فلا يكون في معنى ما ورد فيه النص فامتنع القياس قال رحمه الله وان برهنا
فللشفيع اي ان اقاما البينة فالبينة بينة الشفيع وهذا قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف (الشافعي)
البينة بينة المشتري لانها تثبت الزيادة والبينة المثبتة للزيادة اولى كما اذا اختلف المشتري
والبايع او الوكيل بالشراء مع الموكل في مقدار الثمن او المشتري من العدو مع المالك القديم في ثمن العبد
الماسور واقاما البينة فان البينة بينة البايع والوكيل والمشتري من العدو اولى لما فيهما من اثبات
الزيادة ولهما ان بينة الشفيع اكثر اثباتا لانها ملزمة المشتري وبينة المشتري ليست بملزمة الشفيع (بما ادعاه المشتري من الثمن)
لتخيره بين الاخذ والترك ولانه لا تنافي بين البينتين في حق الشفيع لانه امكن ان يعمل بهما بان
يثبت العقدان فيأخذ المشتري بايهما شاء فلا يصار الى الترجيح لان الاشتغال بالترجيح عند تعذر
العمل بهما وهو نظير ما اذا اختلف المولى مع عبده فقال المولى قلت لك اذا اديت الي الفين فانت حر وقال
العبد قلت لي اذا اديت الي الفا فانت حر واقاما البينة فان البينة بينة العبد اما لانها ملزمة او لانه
لا تنافي فيثبت التعليقان ويعتق العبد باداء اي المالين شاء بخلاف المسايل المستشهد بها اما البايع
والمشتري فلان كل واحد من البينتين ملزمة حتى يجبر كل واحد منهما ولا يمكن الجمع بينهما حتى يأخذ
بايهما شاء لان العقد الثاني يكون فسخا للاول في حقهما فلا يأخذ المشتري الا بالثاني فاذا تعذر
الجمع صير الى الترجيح بالزيادة وفيما نحن فيه لا يتعذر الجمع لانه لا ينفسخ الاول بالعقد الثاني في حق
الشفيع فيأخذ باي العقدين شاء ولهذا لو باعه المشتري من غيره كان له ان يأخذه بالبيع الثاني
ان شاء وان شاء بالاول واما الوكيل والموكل فقد روى ابن سماعة عن محمد ان البينة بينة الموكل فلا يرد
والفرق على الظاهر ان الوكيل مع الموكل كالبايع مع المشتري لوقوع المبادلة الحكمية بينهما ولهذا
يجري التحالف بينهما فكانت بينة كل واحد منهما ملزمة ولا يمكن العمل بهما فصير الى الترجيح
بالزيادة ولا كذلك الشفيع مع المشتري ولهذا لا يجري التحالف بينهما على ما بينا واما المالك القديم

مع المشترى من العدو فقد ذكر في السير الكبير ان البينة بينة المالك القديم والمعنى فيه ان بينته
ملزمة وبينة المشترى من العدو غير ملزمة لتخير المالك القديم بين الاخذ والترك فصار كالشفيع
ولئن سلمنا فيهما العمل بالبينتين غير ممكن في حق المالك القديم لان البيع الاول ينفسخ بالثاني فوجد
التعارض فصرنا الى الترجيح بالزيادة وفي حق الشفيع لا ينفسخ فلم يوجد التعارض قال رض وان ادعى
المشترى ثمنا وادعى بايعه اقل منه ولم يقبض الثمن اخذها الشفيع بما قال البايع لان الامر ان كان
كما قال البايع فالشفيع ياخذ به وان كان كما قاله المشترى يكون حطا عن المشترى بدعواه الاقل
وحط البعض يظهر في حق الشفيع على ما بينا في البيوع فياخذه به ولان تملك المشترى بايجاب البايع
فكان القول قوله في مقدار الثمن ما دامت مطالبته باقية فياخذ الشفيع بقوله ولو كان ما ادعاه
البايع اكثر مما ادعاه المشترى تحالفا ايهما نكل ظهر ان الثمن ما قاله الاخر فياخذها الشفيع بذلك
لان النكول كالاقرار بما يدعيه خصمه وان فسخ القاضي العقد بينهما على ما عرف في كتاب الدعوى ياخذها
الشفيع بما قاله البايع لان فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفيع لان حقه ثبت بالبيع فلا يقدران
على ابطاله بالفسخ الا ترى ان الدار اذا ردت على البايع بعيب لا يبطل حقه وان كان الرد بقضاء
قال رض وان قبض اخذها بما قال المشترى اي لو كان البايع قبض الثمن اخذها الشفيع بما قال المشترى
اذا ثبت ذلك بالبينة او بيمينه على ما بينا لان البايع باستيفاء الثمن خرج من البين والتحق بالاجانب
لانتهاء حكم العقد به فلا يلتفت الى قوله فبقي الاختلاف بين الشفيع والمشترى على حاله وقد بينا
ان القول فيه قول المشترى ولو كان قبض الثمن غير ظاهر فقال البايع بعت الدار بالف وقبضت الثمن ياخذها
الشفيع بالف لانه لما بدا بالاقرار بالبيع تعلقت الشفعة به لان اقراره بمقدار الثمن صحيح قبل قبض الثمن
وبعده لا يصح على ما بينا والثمن غير مقبوض ظاهرا لان الاصل عدم القبض فيبقى حتى يوجد ما يبطله وبقوله
بعد ذلك وقبضت الثمن يريد ابطال حق الشفيع لانه اذا قبض الثمن يخرج من البين فيكون اجنبيا فلا يقبل
اقراره بمقدار الثمن على ما بينا فلا يقبل قوله قبضت في حق الشفيع لانه يريد بذلك ان يجعل نفسه
اجنبيا حتى لا يقبل اقراره بمقداره فيرد عليه فياخذها الشفيع بالف ولو بدا بقبض الثمن قبل بيان العقد
بان قال بعت الدار وقبضت الثمن وهو الف درهم لم يلتفت الى قوله في مقدار الثمن لانه لما اقر بقبض الثمن
اولا خرج به من البين فصار اجنبيا فلا يعتبر قوله في مقدار الثمن على ما بينا وقال في النهاية نظيره ما اذا
قال الوصي استوفيت جميع مال الميت الذي على غريمه فلان وهو الف درهم وقال الغريم بل كان على الفا درهم
وقد اوفيتك جميع ذلك فالوصي ضامن الالف ولا شيء له على الغريم ولو قال استوفيت منه الف درهم
وهو جميع مال الميت عليه فقال فلان كان على الفا درهم وقد اوفيتك الكل فللوصي ان يرجع عليه بالف
اخرى لانه لما بين قبض الجميع صار اجنبيا فلا يقبل بيان قدره بعده ولم يبين انه قبض الجميع لا يكون
اجنبيا فيقبل قوله في بيان قدره فيكون القول للخصم لانكاره في الاولى دون الثانية قال رض وحط
البعض يظهر في حق الشفيع لا حط الكل والزيادة اي حط بعض الثمن يظهر في حق الشفيع حتى ياخذها
بما بقي ولا يظهر حط الكل في حقه ولا الزيادة على الثمن بعد عقد البيع حتى لا يلزمه الزيادة ولا يسقط
عنه شيء من الثمن فياخذها بجميع المسمى عند العقد لان الحط يلتحق باصل العقد فصار الباقي هو الثمن
كانه لم يبع بغير ذلك ولا فرق في ذلك بين ان يكون الحط قبل اخذه بالشفعة او بعده لوجود التحاقه
في الصورتين فيرجع الشفيع على المشترى بالزيادة ان كان اوفاه الثمن ولو حط بعض الثمن بعد تسليمه
الشفعة كان له ان ياخذها بالباقي لانه تبين له ان الثمن اقل فلم يصح تسليمه بخلاف حط الكل حيث لا يلتحق
باصل العقد لانه لو التحق لكان هبة او بيعا بلا ثمن وهو فاسد فلا شفعة فيهما ولان الزيادة تلتحق

باصل العقد وانما لا تظهر في حق الشفيع لانه استحق اخذها بالمسمى قبل الزيادة فلا يملكان ابطال حقه
الثابت له فلا يتغير العقد في حقه كما لا يتغير بتجديدهما العقد لما يلحقه بذلك من الضرر وتلتحق به
في حق نفسه دون الشفيع بخلاف بيع المرابحة والتولية حيث تصح الزيادة في حقه ايضا حتى جاز بناؤهما
عليها لانه ليس فيه ابطال حق احد لان المشترى لا يستحق عليه اخذه ببيع المرابحة فيلتحق في حقهما باصل
العقد وفيه خلاف زفر والشافعي وقد بيناه في البيوع وبينا الحجج من الجانبين قال رض وان اشترى
دارا بعرض او عقار اخذها الشفيع بقيمته وبمثله لو مثليا لان الشفيع يتملكها بمثل ما تملكها المشترى
به ثم المثل لا يخلو اما ان يكون مثلا له صورة ومعنى كالمكيل والموزون والعددي المتقارب او معنى
لا صورة وهو ما عدا ذلك فيعتبر ذلك المثل كما في ضمان العدوان فياخذه به لانه بدل لها ولهذا لو
اشتراها بعقار ياخذ كل واحد منهما بقيمة الاخر قال رض وبحال او مؤجلا او يصبر حتى يمضي الاجل فياخذها
اي ياخذها الشفيع بثمن حال اذا كان الثمن مؤجلا او يصبر حتى يمضي الاجل فياخذها عند ذلك وليس له
ان ياخذها في الحال بثمن مؤجل وقال زفر والشافعي ومالك له ذلك لان للشفيع حق الاخذ بالثمن الذي
يملك به المشترى بصفته والاجل صفة للدين الا ترى انه يقال دين مؤجل ودين حال ولنا ان
الاجل يثبت بالشرط وليس من لوازم العقد واشتراطه في حق المشترى لا يكون اشتراطا في حق الشفيع
كالخيار والبراءة من العيوب ورضاه به في حق المشترى لا يدل على رضاه في حق الشفيع لتفاوت
الناس فيه ولا نسلم انه وصف للدين لان الاجل حق المطلوب والدين حق الطالب ولو كان وصفا له
لاستحقه الطالب ولهذا لو باع ما اشتراه بثمن مؤجل مرابحة او تولية لا يثبت الاجل من غير شرط ولو
كان صفة له لثبت ثم ان اخذها من البايع بثمن حال سقط الثمن عن المشترى لتحول الصفقة الى الشفيع
على ما بينا من قبل ورجع البايع على الشفيع بثمن حال وان اخذها من المشترى رجع البايع على المشترى بثمن
مؤجل لان الاجل ثبت بالشرط فلا يبطل باخذه الشفيع بثمن حال كما لا يبطل ببيعه المشترى بثمن حال
وان اختار الانتظار كان له ذلك لان له ان لا يلتزم الضرر الزائد وقوله او يصبر عن الاخذ اما الطلب
فلا بد منه في الحال حتى لو سكت ولم يطلب بطلت شفعته عند ابي حنيفة ومحمد رح كان يقول ابو يوسف
اولا ثم رجع عنه وقال لا يبطل شفعته بالتاخير الى حلول الاجل لان الطلب ليس بمقصود لذاته بل
للاخذ وهو لا يتمكن منه في الحال بثمن مؤجل فلا فائدة في طلبه في الحال فلا يكون سكوته دليل الاعراض
ولهما ان حق الشفيع قد ثبت ولهذا كان له ان ياخذه بثمن حال ولولا ان حقه ثابت لما كان له الاخذ
في الحال والسكوت عن الطلب بعد ثبوت حقه يبطل الشفعة قال رض وبمثل الخمر وقيمة الخنزير ان
كان الشفيع ذميا وبقيمتهما لو كان مسلما اي لو اشترى ذمي من ذمي عقارا بخمر او خنزير فان كان شفيعه
ذميا اخذه بمثل الخمر وقيمة الخنزير لان هذا البيع يقضى بصحته فيما بينهم فاذا صح ترتب عليه احكام
البيع ومن جملة الاحكام وجوب الشفعة به فيستحقه ذميا كان الشفيع او مسلما غير ان الذمي لا يتعذر
عليه تسليم الخمر فياخذه بها لانها من ذوات الامثال والمسلم لا يقدر على ذلك لكونه ممنوعا من تمليكها وتملكهما
فيجب عليه قيمتها كما في ضمان العدوان والخنزير من ذوات القيم فيجب عليهما قيمته ولا يقال
قيمة الخنزير تقوم مقام عينه فوجب ان يحرم على المسلم تمليكه بخلاف قيمة الخمر على ما عرف في موضعه
لانا نقول انما يحرم تمليكها اذا كانت القيمة بدلا عن الخنزير واما اذا كانت بدلا عن غيره فلا يحرم
وههنا بدل عن الدار لا عن الخنزير وانما الخنزير تقدر قيمته بدل الدار فلا يحرم عليه تمليكها بل تملكها
بان اسلم المشترى قبل اخذ الشفيع الدار بالشفعة فان الشفيع ياخذها بقيمة الخنزير ولو كان شفيعها
مسلم وذمي اخذ كل واحد منهما النصف بما ذكرنا من قيمة الخمر او مثلها اعتبارا للبعض بالكل ولو اسلم

الذمي صار حكمه كحكم المسلم من الابتداء فيأخذها بقيمته كما اذا كان الثمن مثليا فانقطع قبل الاخذ بالشفعة
فانه يأخذها بقيمته للتعذر كذا هذا والمستأمن كالذمي في جميع ما ذكرنا من الاحكام لالتزامه احكامنا مدة
مقامه في دارنا فصار كالذمي في تلك المدة ولا فرق بين ان يكون المشتري دارا او بيعة او كنيسة فان
الشفيع يأخذه بالشفعة لان ملك الذمي فيها ثابت اذا كان يعتقد ان ملكه لا يزول بجعله بيعة او كنيسة
وان كان يعتقد انه يزول فكذلك ايضا لانه باقدامه على بيعها صار معتقدا جواز بيعها والذمي
اذا اتى بديننا ينفذ تصرفه على مقتضى ديننا وان كان في دينهم لا يجوز ولهذا اذا ترافعوا الينا نحكم
بينهم باحكامنا والمرتد لا شفعة له وطريق معرفة قيمة الخمر والخنزير بالرجوع الى ذمي اسلم او فاسق
تاب ولو اسلم احد المتعاقدين والخمر غير مقبوضة انتقض البيع لان الاسلام يمنع قبضها ولكن لا تبطل
الشفعة لانها وجبت بالبيع فلا تبطل بانتقاضه كما اذا اشترى دارا بعبد فهلك العبد قبل القبض
فان البيع ينتقض بهلاكه ولكن لا تبطل الشفعة فيأخذها الشفيع بقيمة العبد قال رحمه الله وبالثمن وقيمة
البناء والغرس لو بنى المشتري او غرس او كلف المشتري قلعهما اي اذا بنى المشتري او غرس في الارض
المشفوعة ثم قضي للشفيع بالشفعة فالشفيع بالخيار ان شاء اخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس مقلوعا
وان شاء كلف المشتري قلعه فيأخذ الارض فارغة وعن ابي يوسف انه لا يكلفه بالقلع ولكنه
بالخيار ان شاء اخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس وان شاء ترك وبه قال مالك والشافعي لانه ليس
بمتعد في البناء والغرس لثبوت ملكه بالشراء فلا يعامل باحكام العدوان فصار كالموهوب له والمشتري
شراء فاسدا وكما اذا زرعها المشتري فان كل واحد منهم لا يكلف القلع لتصرفه في ملكه فكذا المشتري
في المشفوعة ولهذا لا يكلف قلع الزرع وهذا لان ضرر الشفيع بالزامه قيمة البناء والغرس اهون
من ضرر المشتري بالقلع لان الشفيع يحصل له بمقابلة القيمة عوض وهو البناء والغرس فلا يعد
ضررا ولم يحصل للمشتري بمقابلة القلع شيء فكان الاول اهون فكان اولى بالتحمل وجه ظاهر
الرواية انه بنى في محل تعلق به حق متأكد للغير من غير تسليط من جهة من له الحق فينقض كالراهن
اذا بنى في المرهون وانما قلنا ذلك لان حق الشفيع اقوى من حق المشتري ولهذا ينقض جميع تصرفات
المشتري حتى الوقف والمسجد والمقبرة بخلاف بناء الموهوب له على قول ابي حنيفة والمشتري شراء فاسدا
لانه بتسليط منه ولا تسليط مع الشفيع هنا ولان حق الاسترداد للواهب والبائع ضعيف
ولهذا لا ينقض تصرفا تهما فلا يبقى بعد البناء وحق الشفيع قوي فيبقى بعده كما يقلع المستحق
بناء المغرور وغرسه وله ان يأخذه بقيمته مقلوعا كالمستحق ولا مساواة بين الحقين حتى يرجح بزيادة
الضرر لان الترجيح انما يصار اليه عند التساوي وربما لا يوافقه فيحتاج الى قلعه فيلحقه ضرر
زائد وفي الزرع القياس ان يقلع الا انا استحسنا وقلنا لا يقلع لان له نهاية معلومة فلا يتضرر
المشتري بالقلع من غير عوض وليس على الشفيع كثير ضرر بالتأخير لانه يترك باجر قال رحمه الله وان
استحقت فقلعهما الشفيع رجع بالثمن فقط معناه ان الشفيع لو اخذ الارض بالشفعة فبنى فيها
او غرس ثم استحقت فكلف المستحق الشفيع بالقلع فقلع البناء والغرس رجع الشفيع على المشتري بالثمن
لانه تبين ان المشتري اخذ الثمن من الشفيع بغير حق لان الارض لم تكن في ملكه فيسترد منه الثمن ولا
يرجع بقيمة البناء والغرس لا على البائع ان كان اخذها منه ولا على المشتري ان اخذها منه معناه
لا يرجع بما نقص بالقلع وعن ابي يوسف انه يرجع به لانه متملك عليه فكان كالمشتري وجه الظاهر
وهو الفرق بينه وبين المشتري ان المشتري مغرور من جهة البائع ومسلط عليه من جهته ولا غرور ولا
تسليط للشفيع من جهة المشتري لان الشفيع اخذها منه جبرا ونظيره الجارية المأسورة اذا اخذها

الشفعة لا تبطل بانتقاض البيع

الجارية المأسورة اذا اخذها المالك القديم من مالكها الجديد بقيمتها فاستولدها فاستحقت وضمن قيمة الولد رجع الخ

المالك القديم من مالكها الجديد بقيمتها او بالثمن فاستولدها ثم استحقت من يده وضمن قيمة الولد
رجع عليه بما دفع اليه من القيمة او الثمن ولا يرجع بقيمة الولد لانه لم يغره بخلاف ما لو كان مشتريا
حيث يرجع بهما على البائع لانه مغرور من جهته قال رحمه الله وبكل الثمن ان خرب الدار او جف الشجر
ومعناه لو اشترى ارضا فيها بناء او غرس فانهدم البناء من غير صنع احد يأخذها الشفيع بكل الثمن
ولا يسقط من الثمن شيء لانهما تابعان للارض حتى يدخلان في البيع من غير ذكر فلا يقابلهما شيء من الثمن
ولهذا يبيعهما في هذه الصورة مرابحة من غير بيان بخلاف ما اذا تلف بعض الارض بغرق حيث يسقط من الثمن
بحصته لان الفائت بعض الاصل وهذا اذا انهدم البناء لم يبق له نقض ولا من الشجر شيء من حطب وخشب
واما اذا بقي شيء من ذلك واخذه المشتري لانفصاله من الارض حيث لم يكن تبعا للارض فلا بد من
سقوط بعض الثمن لان بعض الثمن بحصة ذلك لانه عين مال قائم بقي محتبسا عند المشتري فيكون
له حصة من الثمن فيقسم الثمن على قيمة الدار يوم العقد وعلى قيمة النقض يوم الاخذ قال رحمه الله وبحصته
العرصة ان نقض المشتري البناء اي يأخذ الشفيع العرصة بحصتها من الثمن ان نقض المشتري البناء لانه
صار مقصودا بالاتلاف والتبع اذا صار مقصودا به يقابله شيء من الثمن بخلاف الاول لان الهلاك فيه بآفة
سماوية فاذا كان له حصة من الثمن يقسم الثمن على قيمة الارض والبناء يوم العقد عليهما بخلاف المسألة
الاولى وهو ما اذا انهدم بنفسه وكان النقض باقيا حيث يعتبر فيها قيمة النقض يوم الاخذ بالشفعة
لانه صار له قيمة بالحبس ونقض الاجنبي البناء كنقض المشتري قال رحمه الله والنقض له اي النقض للمشتري
لان الشفيع انما كان يأخذه بطريق التبعية للوصف وقد زالت بالانفصال قال رحمه الله وبثمرها ان ابتاع ارضا
ونخلا عليها ثمر او اثمر في يده اي يأخذها الشفيع مع ثمرها ان كان المشتري اشترى الارض مع ثمرها باشتراط
شرطه في البيع او اثمر عند المشتري بعد الشراء لان الثمر لا يدخل في البيع الا بالشرط لانه ليس بتبع بخلاف
النخل والقياس ان لا يكون له اخذ الثمر لعدم التبعية كالمتاع الموضوع فيها وجه الاستحسان انه باتصاله
خلقة صار تبعا من وجه ولانه متولد من المبيع وهو النخل فيسري اليه الحق الثابت في الاصل الحادث قبل
الاخذ كالمبيعة اذا ولدت قبل القبض فان المشتري يملك الولد تبعا للام كذا هذا قال رحمه الله وان جذه
المشتري سقط حصته من الثمن اي في الفصل الاول وهو ما اذا اشتراها بثمر بالشرط فكان له فيسقط
من الثمن بحصته وان هلك بآفة سماوية فكذلك لانه لما دخل بالتسمية صار اصلا فيسقط بحصته
من الثمن بفواته واما في الفصل الثاني فيأخذ الارض والنخل بجميع الثمن لان الثمر لم يكن موجودا عند
العقد فلا يدخل عند الاخذ في المبيع الا تبعا فلا يقابله شيء من الثمن وكان ابو يوسف يقول اولا يحط
عنه من الثمن في الفصل الثاني ايضا لان حال المشتري مع الشفيع كحال البائع مع المشتري قبل قبض
المبيع ولو اكل البائع الثمر الحادث بعد العقد سقط حصته من الثمن فكذا هنا ثم رجع الى ما ذكر
في الكتاب من انه لا يسقط شيء من الثمن لان الشفيع يأخذ بما قام على المشتري وهو قام عليه البيع
بدون الثمر بجميع الثمن فيأخذه به وهذا لان الحادث من الثمر بعد القبض لا حصة له من الثمن بخلاف
ما اذا كانت موجودة عند العقد لانها تدخل قصدا على ما بينا وبخلاف الحادثة قبل القبض عند البائع
لانها حدثت على ملك المشتري ويكون لها حصة من الثمن اذا صارت مقصودة بورود القبض عليها
او بالاستهلاك وليس للشفيع ان يأخذ الثمر بعد الجداد في الفصلين لزوال التبعية بالانفصال قبل الاخذ

باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب

قال رحمه الله انما تجب الشفعة في عقار ملك بعوض هو مال
وقوله في عقار يتناول ما يقسم وما لا يقسم وقال الشافعي لا تجب فيما لا يقسم كالبئر والرحى والحمام والنهر
والطريق وهذا مبني على ان الشفعة تجب لدفع اجرة القسام عنده وعندنا لدفع ضرر سوء العشرة

على الدوام فيبنى كل على قاعدته والنصوص تشهد لنا لانها مطلقة فيتناول ما يقسم وما لا يقسم واحترز
بقوله بعوض عما اذا ملك بالهبة فان الشفعة لا تجب فيها وبقوله هو مال عما اذا ملك بعوض غير مال
كالمهر والخلع والصلح عن دم العمد والعتق ونحو ذلك فان الشفعة لا تجب فى هذه الاشياء على ما نبينه من قريب
ان شاء الله تعالى قال رحمه الله لا فى عرض وفلك اى لا تجب الشفعة فى عرض وسفينة وقال مالك تجب فى السفينة لانها
تسكن كالعقار ولنا ما روى انه عليه السلام قال لا شفعة الا فى ربع او حايط ولان الاخذ بالشفعة ثبت
بالنص على خلاف القياس فى العقار فلا يجوز الحاق المنقول به لانه ليس فى معنى العقار وهذا لان الشفعة
انما شرعت لدفع ضرر سوء الجوار على الدوام وما ينتقل ويحول لا يدوم فلا يدوم الضرر فيه كما يدوم
فى العقار ولان المنقول يشترى للبيع عادة ولمصلحة المعاش ثم يخرجه عن ملكه اذا قضى وطره ولا كذلك
العقار قال رحمه الله وبناء ونخل بيعا بلا عرصة اى لا تجب فيهما لانهما منقولان فلا تجب فيهما اذا بيعا بلا ارض وان
بيعا مع الارض تجب فيهما الشفعة تبعا للارض بخلاف العلو حيث يستحق بالشفعة ويستحق به فى السفل
على انه مجاور وذلك اذا لم يكن طريقه طريق السفل وان كان طريقهما واحدا يستحق بالطريق الشفعة
على انه خليط فى حق المبيع وهو الطريق لان حق التعلى يبقى على الدوام وهو غير منقول فيستحق به الشفعة
كالعقار ولا كذلك البناء والنخل فلا يستحق بهما الشفعة قال رحمه الله ودار جعلت مهرا او اجرة او بدل خلع
او بدل صلح عن دم عمد او عوض عتق او وهبت بلا عوض مشروط لان الشرع لم يشرع التملك بالشفعة
الا بما ملك به المشترى صورة او معنى بالصورة ولا يمكن ذلك اذا تملك العقار بهذه الاشياء لانها ليست ومعنى صح
باموال ولا مثل لها حتى ياخذه الشفيع بمثلها فلا يمكن مراعاة شرط الشرع فيه وهو التملك بما ملك به
المشترى فلم يكن مشروعا وعند الشافعى يجب فيها الشفعة لان هذه الاعواض متقومة عنده فياخذ بقيمتها
عند تعذر الاخذ بمثلها كما فى البيع بعوض الا ترى انها مضمونة بها شرعا والضمان يكون بالقيمة فهذا
يدل على انه جعله قيمة لها بخلاف الهبة بلا عوض لتعذر الاخذ بلا عوض اذ هو غير مشروع وقوله
يتاتى فيما اذا وقعت هذه الاشياء فى جزء شايع من العقار من احد الشريكين لانه لا شفعة عنده الا للشريك
ولنا ان المستحق بهذه العقود ليست بمال ولا هى مثل المال لا صورة ولا معنى فلم يصلح المال قيمة لها
لان قيمة الشىء ما يقوم مقامه لاتحادهما فى المقصود ولا اتحاد فى المقصود بين المال وبين هذه الاشياء
فلا يكون قيمة لها غير ان الشارع جعلها مضمونة بالمال اما لخطرها او للضرورة فلا تتعدى موضعها
لان ما ثبت للضرورة يقتصر عليها ولا ضرورة فى حق ثبوت الشفعة فلا تكون متقومة فى حقه فيكون
الماخوذ عقارا بمنزلة الموهوب بلا عوض ولان الشفيع يتملك بما يتملك به المشترى من السبب
لا بسبب اخر وهنا لو اخذه كان ياخذ بسبب اخر غير الاول لان الاول نكاح او اجارة او غير ذلك وليس
ببيع اصلا ولو اخذه كان بيعا وفيه انشاء تصرف غير الاول والاخذ بالشفعة لم يشرع الا بالسبب الاول
ولهذا تتحول الصفقة اليه قبل القبض وفى هذه العقود لا يمكن ذلك فلا تكون الشفعة فيها مشروعة
لانه ليس بمورد النص ولا هو فى معناه فيمتنع الالحاق ولو تزوجها بغير مهر ثم فرض لها عقارا مهرا
لم يكن فيها الشفعة لانه تعيين لمهر المثل وهو مقابل بالبضع بخلاف ما لو باعها العقار بمهر مثلها
او بالمسمى عند العقد او بعده حيث تثبت فيه الشفعة لانه مبادلة مال بمال لان ما اعطاها
من العقار بدل عما فى ذمته من المهر ولو تزوجها على دار على ان ترد عليه الفا فلا شفعة فى جميع الدار
عند ابى حنيفة وقالا تجب فى حصة الالف لانه مبادلة مالية فى حقه وهو يقول معنى البيع فيه
تابع ولهذا ينعقد بلفظ النكاح ولا يفسد بشرط النكاح فيه ولا شفعة فى الاصل فكذا فى التبع ولان
الشفعة شرعت فى المبادلة المالية المقصودة دون التبع الا ترى ان المضارب اذا باع وفيها ربح

الدار المهموزة لا تجب فيها الشفعة

لا يستحق رب المال الشفعة فى حصة الربح لكونه تابعا فيه قال رحمه الله او بيعت بخيار البايع لان
خياره يمنع خروج المبيع عن ملكه وبقاء ملكه يمنع وجوب الشفعة لان شرط وجوبها ان يخرج عن ملكه
فان اسقط الخيار وجبت الشفعة فيه لوجود السبب وزوال المانع ثم فى الاصح يشترط الطلب عند سقوط
الخيار لان البيع انما صار سببا لافادة الحكم فى ذلك الوقت ووجوب الشفعة ينبنى على انقطاع حق
المالك بالبيع وهو ينقطع به عنده وان اشترى بشرط الخيار وجبت الشفعة اما عندهما فظاهر لان
المشترى يملكها واما عنده فلخروجه عن ملك البايع ووجوب الشفعة ينبنى عليه الا ترى ان البايع اذا
اقر بالبيع وانكر المشترى تجب الشفعة ثم اذا اخذها الشفيع فى الثلاث لزم البيع لعجز المشترى عن الرد
ولا خيار للشفيع لان خيار الشرط لا يثبت الا بالشرط واسمه ينبنى عنه والشرط كان للمشترى دون الشفيع
واذا بيعت دار بجنبها والخيار لاحدهما كان له الاخذ بالشفعة لان البايع لم يخرج المبيع عن ملكه اذا كان
الخيار له فله ان ياخذها بالشفعة ويسقط خياره ولا يلزم البيع لان الاخذ بالشفعة نقض منه للبيع لانه
اراد بذلك الاستبقاء اذ لا تجب الشفعة الا لدفع الضرر على الدوام وكذلك المشترى عندهما ان كان له الخيار
لان المبيع دخل فى ملكه عندهما لانه يصير بالاخذ مختارا للبيع فيصير اجازة فيلزم ويملك به المبيع
ولانه صار احق بالمبيع من غيره وذلك يكفى لاستحقاق الشفعة كالماذون له والمكاتب اذا بيعت
دار بجنب دارهما وكذا اذا اشترى دارا ولم يرها فبيعت دار بجنبها قبل ان يرى الاولى فله ان ياخذها
بالشفعة لان ملكه فى التى يشفع بها ثابت فيستحق به الشفعة كما يستحق فيما اذا اشترى مع خيار الشرط
او باع لكنه هنا اذا اخذ المشفوعة لا يسقط خياره لان خيار الرؤية لا يبطل بصريح الابطال فبدلالته
اولى ثم اذا حضر شفيع الدار الاولى وهى التى اشتراها المشترى كان له ان ياخذها بالشفعة لانه هو اولى
بها من المشترى لما عرف ان الشفيع اولى من المشترى وليس له ان ياخذ الثانية وهى التى اخذها المشترى
بالشفعة اذ لم تكن متصلة بملكه لانعدام سبب الشفعة فى حقها واتصالها بالمشفوعة لا يفيده لعدم ملكه
فيها وقت بيع الاخرى حتى لو كانت متصلة بملكه كان له ان يشاركه فيها بالشفعة لوجود السبب وهذا لا يختص
بالشراء بخيار الشرط او الرؤية بل كل من اشترى دارا وبيعت دار بجنبها كان له ان ياخذها بالشفعة ثم اذا
جاء شفيع الاولى بعدما اخذ المشترى الثانية بالشفعة كان لهذا الذى جاء ان ياخذ الاولى بالشفعة
وليس له ان ياخذ الثانية بالشفعة الا اذا كانت متصلة بملكه على ما بينا قال رحمه الله او بيعت فاسدا ما لم يسقط
حق الفسخ بالبناء اى لا شفعة فى دار بيعت بيعا فاسدا حتى يسقط حق الفسخ بالبناء يسقطه كما بينا
لان البيع الفاسد قبل القبض لا يفيد الملك للمشترى فيكون ملك البايع باقيا على حاله فلا يثبت للشفيع
فيه حق مع بقاء ملكه وبعد القبض وان كان يفيده لكن حق البايع باق فيها الا ترى انه واجب الرفع
لدفع الفساد ولهذا يحرم على المشترى التصرف فيها وفى اثبات الحق له تقريره فلا يجوز لانه ايجاب لتحول
ذلك الفساد بعينه الى الشفيع بخلاف الدار المشتراة بخيار الشرط للمشترى حيث ياخذها الشفيع
لخروجها عن ملك البايع ولم يتعلق له فيها حق ولهذا اجاز للمشترى فيها التصرف بخلاف المشترى فى
البيع الفاسد ثم اذا سقط حق الفسخ زال المانع من وجوب الشفعة فتجب وهو المراد بقوله ما لم
يسقط حق الفسخ بالبناء اى بناء المشترى فيها لان حق البايع ينقطع به عند ابى حنيفة وعندهما لا ينقطع
فلا يجب فيها الشفعة وتخصيصه بالبناء لا فائدة فيه لان شرط وجوب الشفعة ان ينقطع حق البايع
ولا يختص ذلك بالبناء بل ينقطع حق البايع باخراج المشترى المبيع بالبيع او غيره على ما عرف فى البيع الفاسد
فان اخرجه عن ملكه بالبيع كان للشفيع ان ياخذها باى البيعين شاء لانقطاع حق البايع فان اخذه
بالبيع الثانى اخذه بالثمن لان البيع الثانى صحيح والواجب فيه الثمن فياخذه به وان اخذها بالبيع

اى فى مدة الخيار

الاول اخذها بقيمتها لان الواجب فيه القيمة ولا يعود حق البايع بنقض البيع الثاني ليأخذها الشفيع
لان البيع الثاني كان صحيحا مفيدا للملك وانما فسخ لحق الشفيع ولو عاد حق البايع لبطل حق الشفيع ومن
المحال ان يبطل حقه بالفسخ لاجله لان ما يكون من مقتضيات حق الشفيع لا يثبت على وجه يبطل ان صح
حقه وكذا اذا اخرجه عن ملكه بغير البيع كالهبة او جعله مهرا او غير ذلك نقض تصرفه واخذه بقيمته لما
ذكرنا وان بيعت دار بجنبها قبل القبض فللبايع الشفعة في المبيعة لبقاء ملكه فيها وان سلمها الى المشتري
فهو شفيعها لان الملك له ولا يؤدي اخذها الى تقرير الفساد لان الفسخ ممكن بعد الاخذ بالشفعة ولا
فساد في الماخوذة بخلاف المشتراة شراء فاسدا لان اخذها بالشفعة يؤدي الى تقرير الفساد على ما بينا
ثم ان سلم المبيع البايع الى المشتري قبل الاخذ بالشفعة بطلت شفعته كما اذا باعها قبل الاخذ بالشفعة
وان سلمها بعد الحكم له لا تبطل لان ملكه في المشفوعة قد تقرر بالحكم فلا يبطل باخراج الاولى عن ملكه وانما
يستحق المشتري الدار المبيعة بجنبها بالشفعة اذا كان بيعها بعد قبضه لا قبله لان الشفعة انما تستحق
بالملك ولا ملك له قبله وان بيعت قبل القبض فاستردها البايع منه قبل ان يقضى له بالشفعة بطلت
شفعته لخروجها عن ملكه قبل الاخذ فصار كما اذا باعها قبله وان استردها بعد الحكم له بها بقيت على ملكه
لما ذكرنا قال رحمه الله او قسمت بين الشركاء اي لو قسمت الدار بين الشركاء لا تجب الشفعة لجارهم بالقسمة
لان القسمة فيها معنى الافراز ولهذا يجري فيها الجبر والشفعة لم تشرع الا في المبادلة المطلقة وهي المبادلة
من كل وجه قال رحمه الله او سلمت شفعته ثم ردت بخيار رؤية او شرط او عيب بقضاء اي اذا سلم الشفيع
الشفعة ثم ردت الى البايع بخيار رؤية او شرط كيف ما كان او بعيب بقضاء قاض لا تجب الشفعة فيهما
لانه فسخ من كل وجه فلا يمكن ان يجعل عقدا جديدا فعاد الى قديم ملك البايع والشفعة تجب في الانشاء
لا في الاستمرار والبقاء على ما كان ولا فرق في ذلك بين ان يكون الفسخ قبل القبض او بعده وفي الجامع الصغير
ولا شفعة في قسمة ولا خيار رؤية بالجر معناه لا شفعة بسبب الرد بخيار الرؤية ولا تصح الرواية
بالنصب عطفا على الشفعة لان معناه يصير على هذا التقدير ان خيار الرؤية لا يثبت في القسمة فيفسد
المعنى لان المذكور في كتاب القسمة ان خيار الرؤية وخيار الشرط يثبتان في القسمة لان ثبوتهما لخلل في
الرضى في العقود التي لا تنعقد لازمة الا بالرضى والقسمة منها لما فيها من معنى المبادلة والمبادلة اغلب
في غير المكيل والموزون فيجوز فيها خيار الرؤية ولا يجوز في المكيل والموزون لان معنى الافراز فيهما هو
الغالب ولهذا كان لكل واحد من الشريكين ان ياخذ نصيبه من غير اذن صاحبه ولانه لا فائدة فيه لان
باعادة القسمة ياخذ نصيبه مثله بلا تفاوت بخلاف غيرهما من العقار والعروض لانه اذا اصابه
غير ما اصابه في الاول قد يحصل غرضه لان المساواة فيها عند القسمة تثبت بضرب من الاجتهاد فيحتمل
ان يقع في قلبه ان نصيب غيره احسن فتفيد الاعادة وقال في الكافي وصحح شمس الائمة السرخسي الرواية
بالنصب وقال لا يثبت خيار الرؤية في القسمة سواء كانت القسمة بقضاء او برضاء وبه قال المشايخ
قال رحمه الله وتجب لو ردت بلا قضاء او تقايلا اي تجب الشفعة ان ردها المشتري بعيب بغير قضاء القاضي
او تقايلا البيع وقال زفر لا تجب لان شفعته قد بطلت بالتسليم والرد بالعيب بغير قضاء اقالة والاقالة
فسخ لقصدهما ذلك والعبرة لقصد المتعاقدين قلنا الاقالة مثبتة للملك بتراضيهما كالبيع غير
انهما قصدا الفسخ فيفسخ فيما لا يتضمن ابطال حق الغير لانهما لا ولاية لهما الا على انفسهما فيكون فسخا في حقهما
ولا ولاية لهما على غيرهما فيكون بيعا جديدا في حق الشفيع لوجود حد البيع فيها وهو مبادلة المال بالمال
بتراضيهما فيتجدد له بها حق الشفعة وقال صاحب الهداية ومراده الرد بالعيب بعد القبض لانه
قبله فسخ من الاصل وان كان بغير قضاء وانما يستقيم هذا على قول محمد لان بيع العقار عنده قبل القبض

لا يجوز كما في المنقول فلا يمكنه حمله على البيع واما عندهما يجوز بيعه قبل القبض فما المانع لهما من حمله
على البيع وعند زفر لان الرد بالعيب قضاء اقالة والاقالة بيع عند ابي يوسف مطلقا ما لم يتعذر جعله
بيعا وعند محمد وابي حنيفة وان كان فسخا في حقهما لكنه بيع جديد في حق الشفيع فلا يفترق الحال بين ان يكون
بعد القبض او قبله

باب ما تبطل به الشفعة

قال رحمه الله وتبطل بترك المواثبة او التقرير اي
تبطل الشفعة بترك طلب المواثبة او طلب التقرير حين علم مع القدرة عليه بان لم يشهد احد فيه او لم يكن
في الصلاة لانها تبطل بالاعراض وترك الطلبين او احدهما مع القدرة عليه دليل الاعراض على ما بينا من قبل
قال رحمه الله وبالصلح عن الشفعة على عوض وعليه رده اي تبطل الشفعة اذا صالح المشتري الشفيع على عوض
وعلى الشفيع رد العوض لان حق الشفعة ليس بمتقرر في المحل وانما هو مجرد حق التملك فلا يجوز اخذ
العوض عنه ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط كما اذا قال الشفيع اسقطت شفعتي فيما اشتريت على
ان تسقط شفعتك فيما اشتريت او على ان لا تطلب الثمن مني لكونه مليا حتى لو تراضيا سقط حق كل واحد
منهما ومع هذا لا يتعلق اسقاط الشفعة بهذا الشرط بل تسقط بمجرد قوله اسقطت بدون تحقق الشرط
فلان لا يتعلق سقوطه بالشرط الفاسد وهو شرط الاعتياض عن حق ليس بمال بل هو رشوة محضة اولى
فيصح الاسقاط ويبطل الشرط وكذا لو باع شفعته بمال لما بينا ولان البيع تمليك مال بمال وحق الشفعة لا يحتمل
التمليك فكان عبارة عن الاسقاط فقط مجازا كبيع الزوج زوجته من نفسها بخلاف الاعتياض عن القصاص
وملك النكاح والاسقاط الرق لان ملكه في هذه الاشياء متقرر في المحل ولهذا يستوفيه وينفرد به الا ترى ان
للولي ان يقتله قصاصا بغير قضاء ولا رضا وفعل ان حقه ثابت في المحل فحق القتل ولو لا ذلك لما تمكن
من القتل بغير قضاء ولا رضى ونظيره ما نحن فيه ما اذا قال المخيرة اختاريني بالف او قال العنين لامرأته
اختاري ترك الفسخ بالف فاختارت سقط الخيار ولا يثبت العوض والكفالة بالنفس في هذا بمنزلة
الشفعة في رواية وفي رواية اخرى لا تبطل الكفالة ولا يجب المال وقيل في الشفعة كذلك حتى لا يجب المال
ولا تبطل الشفعة وقيل هذه رواية في الكفالة خاصة ووجه الفرق بينهما على هذه الرواية ان الشفعة تبطل
بالاعراض دون الكفالة والاصح ان الكفالة والشفعة يسقطان ولا يجب المال هذا اذا كان بعد البيع واما
قبل البيع فلا يسقط به لان اسقاط الحق قبل وجوبه لا يصح وبعده يسقط بالاسقاط علم بالسقوط او لم يعلم
لانه لا عذر بالجهل بالاحكام في دار الاسلام ولا يرتد بالرد لانه مجرد حق ولو صالح على اخذ نصف الدار
بنصف الثمن يجوز ولو صالح على اخذ بيت بعينه بحصته من الثمن لا يجوز الصلح ولا تسقط شفعته لانه لم
يوجد منه الاعراض غير ان الثمن مجهول لان حصته من الثمن غير معلوم عند الاخذ ومثله من الجهالة
تمنع صحة البيع ابتداء والاخذ بالشفعة بيع من الشفيع قال رحمه الله وبموت الشفيع لا المشتري اي
بموت الشفيع قبل الاخذ بعد الطلب او قبله تبطل الشفعة ولا تورث عنه ولا تبطل بموت المشتري وقال
الشافعي لا تبطل بموت الشفيع ايضا لان هذا حق معتبر في الشرع كالقصاص وحق الرد بالعيب ولنا
انه مجرد حق وهو حق التملك وانه مجرد راي وهو صفته فلا يورث عنه بخلاف القصاص لان من عليه
القصاص صار كالمملوك لمن له القصاص ولهذا جاز اخذ العوض عنه وملك العين يبقى بعد
الموت فامكن ارثه بخلاف الشفعة لانها مجرد حق اذ هي مجرد الراي والمشيئة ولهذا لا يجوز
الاعتياض عنها ولانه لا يمكن ارثها لان الشفيع يزول ملكه بالموت عن داره التي يشفع بها ويثبت
الملك فيها للوارث بعد البيع وقيام ملك الشفيع في التي يشفع بها من وقت البيع الى الاخذ بالشفعة
شرط ولم يوجد في حق الميت وقت الاخذ ولا في حق الوارث وقت البيع فبطلت لانها لا تستحق بالملك
الحادث بعد البيع ولا بالملك الزايل وقت الاخذ وانما لا تبطل بموت المشتري لان المستحق باق ولم يتغير

سبب حقه وانما حصل الانتقال الى الورثة في الدار المشفوعة وذلك حقه كما اذا انتقل الى غيره بسبب
اخر فينقضه ويأخذها بالشفعة كما ينقض سائر تصرفاته حتى المسجد والمقبرة والوقف وكذا لو باعها
القاضي بعد موته او باعها وصيه كان له نقضه قال رح ويبيع ما يشفع به قبل القضاء بالشفعة
اي تبطل الشفعة ببيع الدار التي يشفع بها قبل الاخذ بالشفعة لان سبب استحقاقه قد زال قبل تملكه
ولا فرق بين ان يكون عالما وقت بيع داره بشراء المشفوعة او لم يكن عالما لانه لا يختلف في الحالين فصار كالتسليم
الصريح فانه لا يختلف بين ان يعلم ببيعها او لم يعلم وكذا ابراء الغريم لان كل ذلك اسقاط فلا يتوقف على
العلم كالطلاق والعتاق الا ترى انه لا يرتد برد المشتري ولا يتوقف على قبوله ولا يختلف بين حضرته
وغيبته ولو باع التي يشفع بها بشرط الخيار لا تبطل شفعته لبقاء السبب لان خيار البائع لا يمنع خروج
المبيع عن ملكه ولو اشتراها الشفيع من المشتري بطلت شفعته لانه بالاقدام على الشراء من المشتري اعرض
عن الطلب وبه تبطل الشفعة ولكن هو من الشفعاء له ان يأخذها منه بالشفعة بالعقد الاول
وان شاء بالعقد الثاني اما اعراضه عن الاول فظاهر وكذا عن الثاني وهو الذي باشره بنفسه لانه
باشتغاله به مع امكان اخذه منه بالشفعة جعل معرضا عن الاخذ بسببه فلا يثبت له حق لانه اعراض
بخلاف ما اذا اشتراها ابتداء من غير ان يثبت له حق الاخذ لان شراءه هناك لم يتضمن اعراضا لانه مقبل
على التملك وهو معنى الاخذ بالشفعة وانما اشتراها لعدم التمكن من اخذها بطريق اخر ولا كذلك هنا
وكذا اذا استاجر الشفيع الدار المشفوعة او ساومها او طلب من المشتري ان يوليه بطلت شفعته لانه
دليل الاعراض قال رح ولا شفعة لمن باع او بيع له اي بالوكالة والاصل فيه ان من باع او بيع له لا شفعة له
ومن اشترى او اشتري له كان له الشفعة لان الاخذ بالشفعة في الاول يلزم منه نقض ما تم من جهته
وهو البيع لان البيع تمليك والاخذ بالشفعة تملك وبينهما منافاة وكذا البيع يوجب التسليم والاخذ
بالشفعة ينافيه لانه يمتنع به التسليم وفي الثاني لا يلزم ذلك بل فيه تقرير لان الاخذ بالشفعة مثل
الشراء ولا فرق فيمن باع او اشترى ان يكون وكيلا او اصيلا حتى لا يكون له الشفعة في الاول ولا الوكيل
ان كان وكيلا وفي الثاني له الشفعة ان كان اصيلا او وكيلا ان كان وكيلا حتى اذا باع المضارب او العبد
المأذون له العقار ليس لهما ولا لرب المال حق الاخذ بالشفعة ولو اشترياه كان لهما ولرب المال الشفعة لما ذكرنا
وكذا المولى ان كان على العبد دين وان لم يكن عليه دين فلا فائدة بالاخذ لانه ملكه ولم يتعلق به حق
غيره والمجيز للعقد الذي باشره الفضولي كالوكيل لما عرف ان الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة ثم في
قولنا ان المشتري لا تبطل شفعته ان يشارك غيره من الشفعاء ان لم يتقدموا عليه وان
يتقدم هو على من بعده من الشفعاء وان يسلم له عند ترك غيره من الشفعاء والبائع ليس له ان يطلب
المبيعة بالشفعة بدار اخرى غيرها تلزقها لانه لما باعها رغب عنها والاخذ رغبة فيها فتنافيا بخلاف
المشتري قال رح ولو شرط البائع الخيار لثالث فاجاز فهو كالبائع وان كان المشتري هو الذي فعل ذلك
فاجاز كان كالمشتري والمعنى ما بيناه قال رح او ضمن الدرك عن البائع يعني اذا ضمن الدرك عن البائع
وهو شفيع فلا شفعة له لان تمام البيع انما كان من جهته لان المشتري لم يرض بالبيع الا بضمانه فلما ضمن
تم به العقد فلا يكون له نقض ما تم من جهته على ما بينا في البائع قال رح ومن ابتاع او ابتيع له فله الشفعة
لان شراءه لا يدل على الاعراض على ما بينا من المعنى بفروعه قال رح وان قيل للشفيع انها بيعت بالف
فسلم ثم علم انها بيعت باقل او ببر او شعير قيمته الف او اكثر فله الشفعة لان تسليمه كان لاستكثار
الثمن او لتعذر الجنس ظاهرا فاذا تبين له خلاف ذلك كان له الاخذ للتيسير وعدم الرضا على تقدير ان يكون
الثمن غيره لان الرغبة في الاخذ تختلف باختلاف الثمن قدرا وجنسا فاذا سلم على بعض وجوهه لا يلزم منه

التسليم في الوجوه كلها وكذا كل موزون او مكيل او عددي متقارب بخلاف ما اذا علم انها بيعت بعرض
قيمته الف او اكثر لان الواجب فيه القيمة وهي دراهم او دنانير فلا يظهر فيه التيسير ولا يكون له الاخذ
وكذا لو اخبر ان الثمن عروض كالثياب والعبيد ثم ظهر انه مكيل او موزون او اخبر ان الثمن مكيل او موزون
فظهر من خلاف جنسه من المكيل او الموزون فهو على شفعته لما ذكرنا وان ظهر انه جنس اخر من العروض قيمته
مثل قيمة الذي بلغه او ظهر انه ذهب او فضة قدره مثل قيمة ذلك فلا شفعة له لعدم الفائدة لان في غير
المكيل والموزون الواجب القيمة فلا يظهر التفاوت قال رح ولو بان انها بيعت بدنانير قيمتها الف فلا شفعة
له وهذا قول ابي يوسف وهو استحسان والقياس ان يثبت له حق الشفعة وهو قول ابي حنيفة وزفر لان
الجنس يختلف حقيقة وحكما ولهذا جاز التفاضل بينهما في البيع وكذا الواجب على ان يقر بالدراهم فاقر بالدنانير
كان مختارا غير مكره ولو كان جنسا واحدا لما صار مختارا وجه الاستحسان انهما جنس واحد في الثمنية
وكونهما ثمنا ولهذا يضم احدهما الى الاخر في الزكاة قال رح وان قيل له ان المشتري فلان فسلم فبان انه غيره
فله الشفعة لتفاوت الناس في الاخلاق فمنهم من يرغب في معاشرته ومنهم من يجتنب مخافة شره والتسليم
في حق البعض لا يكون تسليما في حق غيره ولو علم ان المشتري هو مع غيره كان له ان يأخذ نصيب غيره لان
التسليم لم يوجد في حقه ولو بلغه شراء النصف فسلم ثم بلغه شراء الكل فله الشفعة في الكل لانه سلم النصف
وكان حقه في اخذ الكل والكل غير النصف فلا يكون اسقاطه اسقاطا للكل ولان التسليم لخوف ضرر الشركة
ولا شركة وهذا التعليل يستقيم في الجار دون الشريك والاول يستقيم فيهما وفي عكسه وهو ما اذا اخبر
بشراء الكل فسلم ثم ظهر شراء البعض لا شفعة له في ظاهر الرواية لان التسليم في الكل تسليم في ابعاضه ولان
رغبات الناس في الجملة اكثر عادة من رغبتهم في الاشقاص لخلو الجملة عن عيب التشقيص فاذا لم يرغب فيه
فاولى ان لا يرغب في التشقيص وقيل له الشفعة لانه قد لا يتمكن من تحصيل ثمن الجميع وقد تكون حاجته
الى النصف ليتم به مرافق ملكه فلا يحتاج الى الجميع وشيخ الاسلام مال الى هذا القول وحمل ما ذكره في ظاهر
الرواية على ما اذا كان ثمن النصف مثل ثمن الكل فله الشفعة والمعنى ما بينا قال رح وان باعها الا ذراعا في جانب
الشفيع فلا شفعة له معناه اذا باع العقار الا مقدار ذراع في طول الحد الذي يلي الشفيع فلا شفعة له
لان الاستحقاق بالجوار ولم يوجد الاتصال بالمبيع وكذا لو وهب هذا القدر للمشتري لعدم الالتزاق وهذه
حيلة قال رح وان ابتاع منها سهما بثمن ثم ابتاع بقيتها فالشفعة للجار في السهم الاول فقط لان الشفيع
جار في السهمين والمشتري شريك في السهم الثاني وهو مقدم على الجار ولو اراد الحيلة اشترى السهم الاول
بجميع الثمن الا درهما والباقي بالدرهم فلا يرغب الجار في اخذ السهم الاول لكثرة الثمن لا سيما اذا كان السهم
الاول جزءا قليلا كالعشر مثلا او اقل وكذا في المسألة الاولى يتأتى مثل هذه الحيلة بان يبيع قدر الذراع
او اقل في طول الحد الذي يلي الشفيع بجميع الثمن الا درهما ثم يشتري الباقي بدرهم فان اخذ بالشفعة اخذ قدر
الذراع بجميع الثمن وليس له ان يأخذ الباقي لانه ليس بجار له فيما خاف ان لا يعفي صاحبه شرط الخيار
لنفسه وان خاف ان شرط كل واحد منهما الخيار لنفسه ثم يجيزان معا وان خاف كل واحد منهما اذا اجاز ان لا
يجيز صاحبه وكل كل واحد منهما وكيلا ويشترط عليه ان يجيز بشرط ان يجيز صاحبه قال رح وان ابتاعها
بثمن ثم دفع ثوبا عنه فالشفعة بالثمن لا بالثوب لان الثوب عوض عما في ذمة المشتري ويكون البائع
مشتريا للثوب بعقد اخر غير العقد الاول وهذه حيلة تعم الجوار والشركة لانه يبتاع العقار باضعاف
قيمته ويعطيه بها ثوبا قيمته قدر قيمة العقار غير انه يخاف ان يتضرر البائع بذلك لانه لو استحقت
الدار تبقى الدراهم كلها في ذمة البائع لوجوبها عليه بالبيع الثاني ثم براءته كانت حصلت بطريق المقاصة
بثمن العقار فاذا استحقت تبين انه ليس عليه ثمن العقار وبطلت المقاصة فيجب على البائع الثمن كله

حيلة في اسقاط الشفعة

والحيلة فيه ان يدفع اليه بدل الدراهم الثمن الدنانير بقدر قيمة العقار فيكون صرفا بما في ذمته من
الدراهم ثم اذا استحقت العقار تبين انه لا دين على المشتري فيبطل الصرف بالافتراق قبل القبض فيجب رد الدنانير
لا غير والحيلة الاولى تختص بالجار وهذه لا وحيلة اخرى تعم الجار والشريك ان يشتريه باضعاف قيمته
من الدراهم ثم يوفيه من الدراهم قدر قيمة العقار الا قدر قيمة الدينار مثلا فيعطيه الدينار بالباقي
فيصير صرفا فيه ثم اذا استحق المشفوع يرد ما قبض كله فغير الدينار على انه بدل عن العقار المستحق والدينار
لبطلان الصرف قال رحمه الله ولا تكره الحيلة لاسقاط الشفعة والزكاة وهذا عند ابي يوسف وعند محمد تكره لان
الشفعة وجبت لدفع الضرر وهو واجب والحاق الضرر به حرام فكانت مكروهة ضرورة ولابي يوسف
انه يحتال لدفع الضرر عن نفسه والحيلة لدفع الضرر عن نفسه مشروع وان كان غيره يتضرر في ضمنه
ثم قيل هذا الاختلاف بينهما قبل الوجوب واما بعده فتكره بالاجماع هكذا ذكره شيخ الاسلام ذكر قوله
في النهاية والقايل لهذا القول قاسه على الاختلاف في الزكاة فانه لا يكره عند ابي يوسف قبل الوجوب
وعند محمد تكره وقيل لا تكره الحيلة لمنع وجوب الشفعة بالاجماع وانما الخلاف في فصل الزكاة وقال شمس الايمة
لا اشتغال بالحيل لابطال حق الشفعة لا باس به اما قبل وجوب الشفعة فلا اشكال فيه وكذلك بعد
الوجوب اذا لم يقصد المشتري الاضرار به وانما قصد الدفع عن ملك نفسه ثم قال وقيل هذا قول ابي يوسف
واما عند محمد فيكره على قياس اختلافهم في الزكاة ثم الحيلة التي تسقط الوجوب هي ان يعوضه فيسقط الشفيع
الشفعة فتسقط شفعته ولا يجب عليه العوض او يقول له ابيعك اياه او يقول له المشتري اشتره مني
فيقول الشفيع نعم فتسقط به شفعته وكذا اذا اجره من الشفيع على ما بينا ومن الحيل التي تمنع الوجوب ان
يوكله ببيعها او يضمنه الدرك او يجعل البايع الخيار اليه في عقد البيع الى غير ذلك من الحيل التي ذكرناها
من قبل ومن الحيل ان يوجر المشتري البايع شيئا ببعض العقار الذي يريد شراءه كالثوب مثلا يوجره ليلبسه
البايع يوما بجزء شايع من العقار الذي يريد شراءه ثم يشتري الباقي لانه لما ملك منه جزءا شايعا صار
شريكا له وليس للشفيع فيه الشفعة لانه ملكه بالاجارة ولا فيما اشتراه بعد ذلك لان الشريك اولى وهذه
الحيلة لا تدفع الا الجار قال رحمه الله واخذ حظ البعض بتعدد المشتري لا بتعدد البايع ومعناه ان المشتري
اذا تعدد بان اشترى جماعة عقارا والبايع واحد يتعدد الاخذ بالشفعة بتعددهم حتى كان للشفيع ان
ياخذ نصيب بعضهم ويترك الباقي وان تعدد البايع بان باع جماعة عقارا مشتركا بينهم والمشتري واحد
لا يتعدد الاخذ بالشفعة بتعددهم حتى لا يكون للشفيع ان ياخذ نصيب بعضهم دون البعض والفرق
ان الشفيع في الوجه الثاني باخذ نصيب بعضهم يفرق الصفقة على المشتري فيتضرر به زيادة الضرر
بالاخذ منه ولعيب الشركة وهي شرعت على خلاف القياس لدفع الضرر عن الشفيع فلا تشرع على وجه
يتضرر به المشتري ضررا زايدا سوى الاخذ وفي الوجه الاول يقوم الشفيع مقام احدهم فلا تتفرق الصفقة
على احد ولا فرق في هذا بين ان يكون قبل القبض او بعده في الصحيح الا ان الشفيع لا يمكنه ان ياخذ
نصيب احدهم اذا نقد حصته من الثمن حتى ينقد الجميع كيلا يودي الى تفريق اليد على البايع بمنزلة المشتري
نفسه لانه كواحد منهم وكما اذا كان المشتري واحدا ونقد البعض من الثمن وسوا سمى لكل بعض ثمنا
او سمى للكل جملة لان العبرة في هذا لاتحاد الصفقة لا لاتحاد الثمن واختلافه والمعتبر في التعدد والاتحاد العاقد
دون المالك حتى لو وكل واحد جماعة بالشرى فاشتروا له عقارا واحدا بصفقة واحدة او متعددة كان للشفيع
ان ياخذ نصيب احدهم ولو وكل جماعة واحدا ليس للشفيع ان ياخذ نصيب بعضهم لان حقوق العقد
تتعلق بالعاقد وهو اصيل فيه فيتحد باتحاده ويتعدد بتعدده ثم في الصحيح لم يفصل بين ما اذا كان
بعد القبض او قبله على ما بينا وروى الحسن عن ابي حنيفة انه فصل وقال ان اخذ قبل القبض نصيب احدهم

مطلب الحيلة مكروهة

ليس له ذلك وبعده كان له ذلك لانه قبل القبض ينتقض على البايع اخذ البعض منه بتفريق اليد عليه
وبعده لا يتضرر لانه لم يبق له يد وجوابه ان له ان يحبس المبيع الى ان يستوفي جميع الثمن على ما بينا
فلا يودي الى تفريق اليد عليه قال رحمه الله وان اشترى نصف دار غير مقسوم اخذ الشفيع حظ المشتري الذي
حصل له بقسمته وليس له ان ينقض القسمة سواء كانت القسمة بحكم القاضي او بالتراضي لان القسمة من
تمام القبض لما فيه من تكميل الانتفاع الا ترى ان الهبة تتم بها حتى صحت بالقسمة والتسليم بعد ان وقعت
فاسدة للشيوع باعتبار ان قبضه ناقص فيما يحتمل القسمة والشفيع لا ينقض القبض ليجعل العهدة على
البايع فكذا ما يتم به القبض وهذا لان القبض بجهة البيع له حكم البيع فكما لا يملك نقض البيع الاول
لا يملك نقض القبض الموجود بجهته ولا يقال القسمة فيها معنى المبادلة والشفيع يملك نقض تصرفاته
فكذا نقض قسمته لانا نقول القسمة افراز من وجه ولهذا يجري فيها الجبر ومبادلة من وجه ولهذا يجري
فيها احكام البيع من رد بعيب او خيار روية ومن حيث انها افراز لم يوجد فيها الا القبض فباعتبار انها
مبادلة تملك وباعتبار انها افراز لا تملك فلا تملك بالشك وهذا لان القياس ان لا ينقض من تصرفات
المشتري شيء لانها صحيحة لصدورها عن مالك ولهذا لو باعه او اجره يطيب له الثمن والاجرة وليس الشفيع
فيملك وانما ثبت له حق الاخذ وذلك لا يمنع نفوذ تصرفاته غير ان له ان ينقض تصرفات تبطل حقه
لدفع الضرر عن نفسه ولا ضرر في القسمة فبقي على الاصل في حق البيع الاول وفي حق ما له حكم البيع الاول
وهو القبض بجهته بخلاف ما اذا باع احد الشريكين نصيبه من الدار المشتركة وقاسم المشتري الشريك
الذي لم يبع حيث يكون للشفيع نقضه لان العقد لم يقع من الذي قاسم فلم تكن القسمة من تمام القبض
الذي هو حكم البيع الاول بل هو تصرف بحكم الملك فينقضه الشفيع كما ينقض بيعه وهبته ثم اذا لم
يكن للشفيع نقض قسمته كان له ان ياخذ نصيب المشتري في اي جانب كان لانه استحقه بالشراء والمشتري
لا يقدر على ابطال حقه فياخذه وهو مروي عن ابي يوسف واطلاق الكتاب يدل عليه وعن ابي حنيفة
انه انما ياخذه اذا وقع في جانب الدار التي يشفع بها لانه لا يبقى جارا فيما يقع في الجانب الاخر قال رحمه الله
وللعبد المديون الاخذ بالشفعة من سيده كعكسه معناه اذا باع رجل دارا والبايع عبد ماذون
له في التجارة وعليه دين يحيط بماله ورقبته فللعبد ان ياخذ الدار بالشفعة وكذا عكسه وهو ما اذا
كان العبد هو البايع فلمولاه الشفعة لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء وشراء احدهما من صاحبه
جايز اذا كان على العبد دين لانه يفيد ملك اليد للعبد لكون المولى لا يملك ما في يد العبد المديون
او لكون العبد احق به بخلاف ما اذا لم يكن عليه دين والعبد بايع لان بيعه لمولاه ولا شفعة لمن
بيع له بخلاف ما اذا اشترى لانه ابتيع له وقد بينا ان من ابتاع او ابتيع له لا تبطل شفعته قال رحمه الله
وصح تسليم الشفعة من الاب والوصي والوكيل وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد وزفر لا يجوز
وهو على شفعته اذا بلغ الصغير او بلغ الخبر الموكل وعلى هذا الخلاف بطلان الشفعة بسكوت الاب
والوصي عند العلم بالشراء لزفر ومحمد في الاب والوصي ان هذا ابطال لحق الصبي فلا يصح كالعفو عن قوده
واعتاق عبده وابراء غريمه ولان تصرفهما نظري والنظر في الاخذ فيتعين الا ترى انه شرع لدفع الضرر
فكان في ابطاله الحاق الضرر به فلا يملكه ولهما ان الاخذ بالشفعة في معنى التجارة بل عينها الا ترى
انه مبادلة المال بالمال وترك الاخذ بها ترك التجارة فيملكه كما يملك ترك التجارة برد البيع عندما
يقال للاب بع لك هذا المال او لابنك الصغير ولو صح انه لو اخذه بالشفعة ثم باعه من ذلك الرجل
بعينه جاز فكذا اذا سلمه اليه ابتداء لانه اذا اخذه ثم باعه منه كانت العهدة على الصبي
وفي الاول على البايع او على المشتري ولان هذا تصرف دائر بين الضرر والنفع فيحتمل ان يكون الترك انفع

بابقاء الثمن على ملك الصغير فيما كالاخذ بخلاف العفو عن القود واخذ الدية لانه ضرر محض غير متردد
لانه ابطال بغير عوض وهنا العوض يعدله وهو الثمن فلا يعد ضررا وسكوتهما كابطالهما الا ان السكوت
ممن يملك الاخذ بالشفعة دليل الاعراض وهذا اذا بيعت بمثل قيمتها وان بيعت باكثر من قيمتها مما لا يتغابن
الناس في مثله جاز التسليم بالاجماع لان النظر متعين فيه وقيل لا يجوز التسليم بالاجماع وهو الاصح لانه
لا يملك الاخذ فلا يملك التسليم كالاجنبي وان بيعت باقل من قيمتها بمحاباة كثيرة فعن ابي حنيفة رحمه الله
لا يصح تسليم الاب والوصي ولا رواية عن ابي يوسف هكذا في الهداية وفي الكافي قال ذكر في الخصم والمختلف
اذا سلم الاب شفعة الصغير والشراء باقل من قيمته بكثير فعن ابي حنيفة انه يجوز ايضا لانه امتناع
عن ادخاله في ملكه لا ازالة عن ملكه فلم يكن تبرعا وعن محمد انه لا يجوز لانه بمنزلة التبرع بماله ولا رواية
عن ابي يوسف وقال في النهاية لما لم يصح التسليم منهما على قول ابي حنيفة لا يصح التسليم ايضا على قول محمد وزفر
لانهما لا يريان تسليم الاب والوصي شفعة الصغير جائزا فيما اذا بيعت بمثل قيمتها فلان لا يجوز فيما اذا
بيعت باقل من قيمتها اولى ولو كان المشتري هو الاب لنفسه كان له ان ياخذه بالشفعة لانه الصغير
ما لم يكن ضرر ظاهر على الصغير وهو ان لا يكون فيه غبن فاحش لانه معتبر بشرائه وبيعه مال الصغير لنفسه
وفي الشراء يشترط ان لا يكون فيه غبن فكذا الاخذ بالشفعة والوصي كالاب في هذا الا انه يشترط في
حقه ان يكون فيه للصغير نفع ظاهر حتى اذا كان بمثل القيمة لا يجوز لما ذكرنا انه معتبر بشرائه وبيعه
مال الصغير لنفسه في الابتداء والوصي اذا اشترى مال الصغير لنفسه بمثل القيمة لا يجوز وكذا اذا باع من نفسه
بمثل القيمة لا يجوز حتى يكون اكثر منه في الشراء وفي البيع اقل منه وفي الاب يجوز بمثل القيمة فيهما فكذا الاخذ
بالشفعة ثم كيفية طلبه ان يقول اشتريت واخذت بالشفعة متصلا بكلامه ولو باع كل واحد منهما
ملك الصغير او ملك نفسه ليس له ان ياخذ بالشفعة ولا للصغير لما ذكرنا ان من باع او بيع له فلا شفعة
له وللصغير ان يطلب الشفعة اذا بلغ فيما اذا باع مال نفسه لا مال الصغير وكذا اذا كان في الشراء غبن كان
للصغير ان يطلب الشفعة اذا بلغ لان كل واحد منهما ليس له ان ياخذه للصغير فلا تبطل شفعة الصغير
لسكوته ولو كان البائع لمال الصغير وصي القاضي كان لوصي الميت ان ياخذه بالشفعة لانه ليس ببائع
فلا يمنع واما الوكيل فالمراد به ههنا الوكيل بطلب الشفعة واما الوكيل بالشراء فتسليمه الشفعة صحيح بالاجماع
وكذا سكوته اعراض بالاجماع ثم الوكيل بطلب الشفعة انما يصح تسليمه اذا كان في مجلس القاضي عند ابي حنيفة
رحمه الله وعند ابي يوسف يصح في مجلس القاضي وغيره وعند محمد وزفر لا يصح تسليمه اصلا لانه اتى بضد ما امر
به فصار كما لو وكله باستيفاء الدين فابرأه الوكيل عن الدين وهما يقولان انه لو كان وكيلا بالشراء لان الاخذ
بها شراء والوكيل بالشراء له ان لا يشتري فكذا هذا له ان يترك الشفعة غير ان ابا يوسف يقول هو وكيل
مطلقا فينفذ تصرفه مطلقا في مجلس القاضي وغيره وابو حنيفة رحمه الله يقول ان الوكيل بطلب الشفعة وكيل
بالخصومة ولا تعتبر الخصومة الا في مجلس القاضي فلا يكون وكيلا في غير مجلس الحاكم وهذا الخلاف بينهما
هو نظير الخلاف في اقرار الوكيل بالخصومة على موكله ولو اقر هذا الوكيل وهو الوكيل بطلب الشفعة على
موكله بانه سلم الشفعة جاز اقراره عليه عند ابي حنيفة ومحمد اذا كان في مجلس القاضي وان كان في غيره
فلا يجوز الا انه يخرج من الخصومة وقال ابو يوسف يجوز مطلقا وقال زفر لا يجوز مطلقا وهي مسئلة اقرار
الوكيل بالخصومة وموضعها كتاب الوكالة وهي معروفة

كتاب القسمة

وهي في اللغة اسم للاقتسام كالقدوة للاقتداء والاسوة للائتساء **قال رحمه الله** هي جمع نصيب شايع في معين
وهذا في الشريعة وسببها طلب الشركاء او بعضهم الانتفاع بملكه على وجه الخصوص لان كل واحد من الشركاء
منتفع بنصيب غيره فالطالب للقسمة يسال القاضي ان يخصه بالانتفاع بنصيبه ويمنع غيره عن الانتفاع

بنصيبه فيجب على الحاكم ان يجيبه اليه وركنها هو الفعل الذي يحصل به الافراز والتمييز بين النصيبين
كالكيل والوزن والعد والذرع وشرطها ان لا تفوت المنفعة بالقسمة فاذا كانت تفوت بها منفعته لا
يقسم جبرا كالبير والرحى والحمام ونحو ذلك لان الغرض المطلوب فيها توفير المنفعة فاذا ادت الى فواتها
لم يجبر الحاكم عليها وهي جايزة بالكتاب قال الله تعالى ونبئهم ان الماء قسمة بينهم وقال تعالى واذا حضر القسمة
وبالسنة لانه عليه السلام باشرها في الغنايم والمواريث وعلى جوازها انعقد الاجماع ولان فيه انصاف
الشركاء واظهار العدل بايصال الحق الى مستحقه فكان واجبا وحكمها تعيين نصيب كل واحد منهم حتى لا يكون
لكل واحد منهم تعلق بنصيب صاحبه **قال رحمه الله** وتشتمل على الافراز والمبادلة وهو الظاهر في المثلي ويأخذ
حظه حال غيبة صاحبه وهي في غيره فلا ياخذ اي القسمة تشتمل على تمييز الحقوق والمبادلة والتمييز هو الظاهر
في ذوات الامثال حتى كان لاحد الشريكين ان ياخذ نصيبه حال غيبة صاحبه والمبادلة هو الظاهر في غير المثلي
كالثياب والعقار والحيوان حتى لا ياخذ نصيبه حال غيبة صاحبه والدليل على ان فيهما معنى الافراز والمبادلة
ان ما ياخذه كل واحد منهما يشتمل كل جزء من اجزائه على النصيبين فكان نصفه ملكه ولم يستفده من جهة
صاحبه فكان افرازا والنصف الاخر كان لصاحبه اخذه عوضا عما في يد صاحبه من نصيبه فكان مبادلة ضرورة
الا ان معنى الافراز والتمييز في المكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة اظهر لعدم التفاوت بين
ابعاضه لان ما ياخذه كل واحد منهما من نصيب شريكه مثل حقه صورة ومعنى فامكن ان يجعل عين حقه
ولهذا اجعل عين حقه في القرض والسلم والصرف لانه لو كان مبادلة لما صح في القرض لا افتراق قبل قبض
احد العوضين ولا في السلم والصرف لحرمة الاستبدال فيهما وكذا في قضاء الدين جعل المقبوض عين حقه
حتى يجري فيه الجبر ولو كان غيره لما جرى اذ لا يجبر احد على المعاوضة وكذا جاز لاحدهما ان ياخذ نصيبه
حال غيبة صاحبه ولو كان مبادلة لما جاز ومعنى المبادلة في غير المثلي اظهر للتفاوت فلا يمكن ان يجعل
كانه اخذ عين حقه لعدم المعادلة بينهما بيقين فلا يمكن اجراء الاحكام التي ذكرناها في المثلي الا انها
اذا كانت من جنس واحد اجبر القاضي على القسمة بطلب بعضهم لما فيها من معنى الافراز وفيها تكميل
المنفعة والمقاصد متقاربة لاتحاد الجنس وجاز الاجبار عليها دفعا للضرر عنهم والمبادلة قد يجري
فيها الاجبار دفعا للضرر كالاخذ بالشفعة وقضاء الدين لان المقبوض ليس عين الدين حقيقة وانما
هو بدل عنه وهذا لان الطالب للقسمة يسال القاضي ان يخصه بالانتفاع بنصيبه وان يمنع الغير
عن الانتفاع بملكه فيجب على القاضي ان يجيبه وان كان اجناسا مختلفة لا يجبر عليها لفحش التفاوت
في المقاصد فلا يمكن اعتبار الافراز فيها فكانت مبادلة من كل وجه ولا جبر فيها مع امكان الوصول الى
حقه ولو تراضوا عليها جاز لان الحق لهم **قال رحمه الله** ويجبر في متحد الجنس عند طلب احد الشركاء لا في غيره
اي اذا طلب بعض الشركاء القسمة يجبر الآبي على القسمة في متحد الجنس سواء كان من ذوات الامثال
او لا ولا يجبر في غير متحد الجنس كالغنم مع الابل لما بينا من المعنى **قال رحمه الله** ويندب نصب قاسم رزقه
في بيت المال ليقسم بلا اجر لان القسمة من جنس عمل القضاء من حيث انه يتم به قطع المنازعة فاشبه
رزق القاضي ولان منفعته تعود الى العامة كمنفعة القضاة والمقاتلة والمفتين فيكون كفايته
في بيت المال لانه اعد لمصالحهم كنفقة هؤلاء **قال رحمه الله** والا نصب قاسم يقسم باجر بعدد الرؤس
اي ان لم ينصب قاسم رزقه في بيت المال نصب قاسم يقسم باجر على المتقاسمين لان النفع لهم على الخصوص
وليس بقضاء حقيقة حتى جاز للقاضي ان ياخذ الاجر على القسمة وان كان لا يجوز له على القضاء الا ترى
انه لا يفترض عليه ان يقسم بينهم بالمباشرة ومباشرة القضاء فرض عليه ويقدر له القاضي اجر مثله
كيلا يطمع في اموالهم ويتحكم بالزيادة والافضل ان يرزق من بيت المال لانه ارفق بالعامة

اذا كانت من جنس واحد

والعدل عن تهمة مواضعة القاضي مع القاسم وقوله لعدد الرؤس اي يجب عليهم الاجرة على عدد الرؤس
ولا يتفاوت بتفاوت الانصبا وهذا عند ابي حنيفة على ما يجي بيانه من قريب ان شاء الله تعالى قال المصنف
ويجب ان يكون عدلا امينا عالما بالقسمة لانه من جنس عمل القضاء ولانه لا بد من الاعتماد على قوله والقدرة
على القسمة وذلك بالامانة والعلم قال ولا يتعين قاسم واحد لانه لو تعين لتحكم بالزيادة على اجر مثله
ولهذا المعنى لا يجبرهم الحاكم ان يستاجروه ولان القسمة فيها معنى المبادلة وهي تشبه القضاء على ما بينا
لا جبر فيهما ولو اصطلحوا فاقتسموا جاز لما ذكرنا ان فيها معنى المبادلة وهي تشبه القضاء فيجوز بالتراضي
كساير المعاوضات والتحكيم الا اذا كان فيهم صغير لانه لا تصرف له ولا ينفذ ولا ولاية لهم عليه قال المصنف
ولا يشترك القسام اي يمنعهم القاضي من الاشتراك كيلا يتضرر الناس لان الاجرة تصير بذلك غالية
لانهم اذا اشتركوا يتواكلون وعند عدم الشركة يتبادرون اليها خشية الفوت فيرخص الاجر بسبب
ذلك ثم اجرة القسمة على عدد الرؤس عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا على قدر الانصبا لانه مؤنة الملك
فتتقدر بقدره كاجرة الكيال والوزان وحفر البير المشترك وحمل الطعام المشترك وغسل الثوب المشترك
ونفقة الشي المشترك وكبناء الجدار المشترك وتطيين السطح المشترك ولان المقصود بالقسمة ان يتوصل
كل واحد منهم الى الانتفاع بنصيبه ومنفعة نصيب صاحب الكثير اكثر فيكون مؤنته عليه اكثر وهذا
نظير زوايد العين المشتركة لما كان ما يحصل منها لصاحب الكثير اكثر كانت مؤنة العين عليه اكثر ولابي حنيفة
ان الاجر مقابل بالتمييز وانه لا يتفاوت وربما يصعب الحساب بالنظر الى القليل وقد ينعكس الامر باعتبار
كسور فيه فيتعذر اعتباره الا ترى انه لا يتصور تمييز القليل من الكثير الا بما يفعله فيهما فيتعلق الحكم
باصل التمييز لان عمل الافراز واقع لهما جملة بخلاف حفر البير لان الاجر مقابل بنقل التراب وهو متفاوت
والكيل والوزن ان كان للقسمة قيل هو على الخلاف فلا يرد وان لم يكن للقسمة فالاجرة مقابلة بعمل الكيل
والوزن لا بالتمييز وعمل الكيل والوزن يتفاوت فلو اطلقنا الجواب ولم نفرق بين ان يكون الكيل والوزن
للقسمة او لغيرها واوجبنا في الكل على قدر الانصبا كان الفرق فيه ما ذكرنا من ان الاجر مقابل بعمل الكيل
والوزن وهو متفاوت فلا يلزمه واليه مال شمس الايمة السرخسي ومال بعضهم الى الاول فاوجب
الاجر على السوا ان كان للقسمة وعلى قدر الانصبا وفي الحمل الاجر مقابل بالنقل وهو يتفاوت وتخلوف
التمييز وفي الغسل مقابل بالتنظيف فيتقدر بقدر الملك لانه يتفاوت وبخلاف النفقة لانها لابقا
الملك فيتفاوت بتفاوته وفي البناء والتطيين الاجر مقابل بنفس البناء والتطيين وهو مقدر بالمكان
بخلاف التمييز والزوايد تتولد من الملك فيستحق بقدر الملك وروى الحسن عن ابي حنيفة ان الاجرة على
الطالب للقسمة دون الممتنع لان الطالب المنتفع بالقسمة دون الآخر قال المصنف ولا يقسم العقار بين
الورثة باقرارهم حتى يبرهنوا على الموت وعدد الورثة وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يقسم
باعترافهم لان اليد دليل الملك لانه في ايديهم والاقرار دليل الصدق ولا منازع لهم فيقسم بينهم
قضاء كما لو كان الموروث منقولا او كان العقار مشترى وهذا لانهم لا ينكر لهم ولا بينة الا على المنكر
فلا تفيد البينة بلا انكار لكنه يذكر في كتاب القسمة انه قسمه باعترافهم ليقتصر عليهم ولا يتعداهم
حتى لا تعتق امهات الاولاد والمدبرون لعدم ثبوت موته في حقهم بخلاف ما اذا كانت القسمة ببينة
ولابي حنيفة ان القسمة قضاء على الميت اذ التركة مبقاة على ملكه قبل القسمة حتى لو حدثت الزيادة
منها قبل القسمة تنفذ وصاياه فيها بخلاف ما بعد القسمة واذا كان قضاء على الميت فالاقرار منهم ليس بحجة
عليه فلا بد من البينة وقد امكن ذلك بجعل احدهم خصما عن الميت وغيره عن انفسهم لان الوارث نايب
عنه واقرار الخصم لا يمنع من قبول البينة اذا كان في قبولها فايدة الا ترى انه لو ادعى انسان على ميت

دينا فاقر الوارث بذلك فاقام المدعي بينة تقبل بينته لانها تثبت الدين على الميت حتى يتقدم على
الورثة كلهم ويزاحم الغرما ولا كذلك اذا كان ثبوته باقرار الوارث فانه لو ثبت الا في حقه خاصة
وكذا الجواب لو كان مكان الوارث وصي والمسئلة بحالها بخلاف المنقول لان في القسمة فيه نظرا لانه
يخشى عليه التلف وفي القسمة حفظه وجعله مضمونا على القابض فتعينت القسمة اذ القاضي نصب ناظرا
والعقار محصن بنفسه وهو غير مضمون بالقبض عنه فلا حاجة الى القسمة بلا ثبوت وبخلاف العقار
المشترى لان المبيع زال عن ملك البايع قبل القسمة فلا يمكن ابقاؤه فلم تكن القسمة قضاء على
الغير على انه روي عن ابي حنيفة في غير رواية الاصول ان العقار المشترى ايضا لا يقسم لانه محصن
بنفسه فلا يخشى عليه التلف فلا حاجة فيه الى القسمة فنسوي في هذه الرواية بين المشترى والموروث
والفرق على ظاهر الرواية ما ذكرنا وهو ان القسمة تكون قضاء على الميت في الموروث لبقاء ملكه فيه ولا
تكون قضاء على البايع لعدم ملكه فيه لانه خرج عن ملكه بالبيع قال المصنف ويقسم المنقول والعقار المشترى
ودعوى الملك اي يقسم في المنقول الموروث والعقار المشترى وفيما اذا ادعوا الملك ولم يذكروا كيفية
انتقاله اليهم بقولهم من غير اقامة البينة اما في المنقول الموروث والعقار المشترى فلما بينا من المعنى
والفرق واما فيما اذا ادعوا الملك ولم يذكروا كيف انتقل اليهم فلانه ليس في القسمة قضاء على الغير فانهم
لم يقروا بالملك لغيرهم فيكون مقتصرا عليهم فهو نص هذه رواية كتاب القسمة وفي الجامع الصغير ارض
ادعاها رجلان واقاما البينة انها في ايديهما واراد القسمة لم يقسمها حتى يقيما البينة انها لهما
لاحتمال ان تكون لغيرهما ثم قيل هو قول ابي حنيفة وقيل هو قول الكل وهو الاصح لان القسمة انما تكون
اما لحق الملك تتميما للمنفعة ولحق اليد تتميما للحفظ فالاول ممتنع لعدم الملك والثاني غير محتاج اليه
لكونها محصنة بنفسها قال المصنف ولو برهنا ان العقار في ايديهما لم يقسم حتى يبرهنا انه لهما اي لو
اقام رجلان بينة ان العقار في ايديهما وطلبا من القاضي ان يقسمه بينهما لا يقسمه بينهما حتى
يقيما البينة ان العقار ملكهما لاحتمال ان يكون لغيرهما وهذا هو المذكور في الجامع الصغير وقد بينا
الوجه فيه والمصنف ذكر هذه المسئلة بعينها قبل هذا بقوله ودعوى الملك لان المراد فيها ان يدعو
الملك ولم يذكروا كيف انتقل اليهم ولم يشترط فيها اقامة البينة على انه ملكهم وهو رواية
القدوري وشرطه هنا وهو رواية الجامع الصغير وكان ينبغي ان يبين اختلاف الروايتين
بان يقول في الجامع الصغير كذا وفي مختصر القدوري كذا لان الصورة متحدة غير ان فيها اختلاف الروايتين
كما رايت وفي مثله تبين الروايتان ولا يذكر كل واحد على حدة لان ذلك يوهم باختلاف الصور
على انه لا يليق في مثل هذا المختصر الا ذكر احد الروايتين قال المصنف ولو برهنا على الموت وعدد الورثة
والدار في ايديهم ومعهم وارث غايب او صبي قسم ونصب وكيل او وصي يقبض نصيبه ونصيب
الصبي لان فيه نظرا للصغير والغايب ولا بد من اقامة البينة عند ابي حنيفة رحمه الله لما بينا
في ... الا ... بل اولى لان في هذه القسمة قضاء على الغايب والصغير وعندهما يقسم بقولهم
... ذكرها هنا ويشهد انه قسمها باعتراف الحاضرين فان الصغير والغايب على حجته
قال المصنف ... وكانوا مشترين وغاب احدهم او كان العقار في يد الوارث الغايب او حضر وارث واحد
لم يقسم اي ... المال المشترك مع غيبة بعضهم في هذه الصور كلها اما اذا كانوا مشترين
فلان الملك الثابت ملك جديد بسبب باشروه ولهذا لا يرد بالعيب على بايع بايعه فلا يصلح
الحاضر خصما عن الغايب بخلاف الارث لان الملك الثابت فيه ملك خلافة حتى يرد بالعيب فيما
اشتراه المورث ويرد عليه فيما باعه هو ويصير مغرورا بشراء المورث فانتصب احدهما خصما

عن الميت مما في يده ولا اخر عن نفسه فصارت القسمة قضاء بحضرة المتخاصمين وصح القضا القيام
البينة على خصم حاضر وفي الشرا قامت على خصم غايب فلا تقبل ولا يقضي عليه واما اذا كان العقار
في يد الوارث الغايب فلان في القسمة قضاء على الغايب باخراج الشي من يده من غير خصم حاضر عنه
وكذا اذا كان بعضه في يده والباقي في يد الحاضر وكذا اذا كان في يد مودعه او في يد الصغير
او شي منه لانه يكون قضاء على الغايب او على الصغير من غير خصم حاضر عنه لان الامين والصغير
ليس بخصم ولا فرق في هذا الفصل بين اقامة البينة وعدمها في الصحيح وفي بعض روايات المبسوط
وغيره يقسم اذا اقام الحاضرون البينة على الموت وعدد الورثة لانها قامت لاثبات ولاية القاضي
في تركة الميت فتقبل ولان الورثة ينتصبون خصما عن الميت وينتصب بعضهم عن بعض وقل ما
يكون الورثة كلهم حضورا فلو لم يقبل القاضي البينة لتضرروا وهو مدفوع وجوابه ما بينا
واما اذا حضر وارث واحد فلانه لا يصلح ان يكون مخاصما ومخاصما وكذا لا يصلح ان يكون مقاسما
ومقاسما فلو بد من حضور شخصين على ما بينا لانه ان كان خصما عن نفسه فليس احد بخصم عن الميت
والغايب وان كان خصما عنهما فليس احد يخاصمه عن نفسه يقيم البينة عليه فتعذر الحكم بخلاف
ما اذا كان الحاضر اثنين وعن ابي يوسف ان القاضي ينصب عن الغايب خصما ويسمع البينة عليه
ويقسم الدار وجه الظاهر ان التركة قبل القسمة وان كانت مبقاة على حكم ملك الميت صارت ملكا
للورثة من وجه حتى لو اعتق واحد منهم عبدا من التركة قبل القسمة نفذ عتقه في نصيبه فكان كل واحد
منهم طالبا للافتراق في نصيبه فتكون القسمة في هذا القدر قضاء على الغايب من غير خصم حاضر عنه
ولئن جاز للقاضي نصب الوصي من حيث انه دعوى على الميت لا يجوز له نصب الوصي من حيث انه
دعوى على شركائه الغيب فلا يجوز له نصب الوصي بالشك بخلاف ما اذا ادعى اجنبي على الميت
دينا حيث يجوز له نصب الوصي عن الميت لانه دعوى على الميت من كل وجه وللقاضي ان ينصب الوصيا
عن الموتى لا عن الاحيا واذا تعذر نصب الوصي والواحد لا يصلح خصما عن الميت وعن ساير الشركا
وان يكون مدعيا ومدعى عليه تعذر قبول البينة لانها لا تقبل من غير خصم حاضر ولو كان الحاضر
صغيرا او كبيرا نصب القاضي عن الصغير وصيا وقسم اذا اقيمت البينة لان الدعوى على الصبي الحاضر
صحيحة كالكبير الحاضر الا انه عاجز عن الجواب فينصب القاضي عنه وصيا يجيب عنه خصمه بخلاف
ما اذا كان الصغير غايبا لان الدعوى عليه غير صحيحة كالكبير الغايب وكذا اذا حضر وارث كبير
وموصى له بالثلث في الدار وطلبا القسمة واقاما البينة على الميراث والوصية يقسم لان الموصى له
شريك في الدار فصار كواحد من الورثة فانتصب هو خصما عن نفسه والوارث عن الميت و...
بقية الورثة فصار كما لو حضر وارثان ولو حضر الموصى له وحده لا تسمع بينته ولا يقسم لعدم
الخصم عن الميت ذكره في الذخيرة قال رحمه الله وقسم بطلب احدهم لو انتفع كل بنصيبه لان فيها
المنفعة اذا كان كل واحد منهم منتفع بنصيبه بعد القسمة فكانت القسمة حقا لهم فوجب على القاضي
اجابتهم قال رحمه الله وان تضرر الكل لم يقسم الا برضاهم وذلك مثل البير والحمام والرحا والحايط
لان القسمة لتكميل المنفعة وفي هذا تفويته فيعود على موضوعه بالنقض وهذا لان طالب
القسمة متعنت وهو يريد ادخال الضرر على الغير مع ذلك فلا يجيبه الحاكم اليه لانه اشتغال بما
لا يفيد بل بما يضر ويجوز بالتراضي لان الحق لهم وهم اعرف بحاجتهم ولكن القاضي لا يباشر ذلك
وان طلبوا منه لان القاضي لا يشتغل بما لا فايدة فيه ولا سيما اذا كان فيه ضرر او اضاعة للمال
لان ذلك حرام ولا يمنعهم من ذلك لان القاضي لا يمنع من اقدم على اتلاف ماله في الحكم وهذا من جملته

في يده صح

القاضي ينصب الوصي عن الميت لا عن الحي

قال رحمه الله وان انتفع البعض وتضرر البعض لقلة حظه قسم بطلب ذي الكثير فقط اي
صاحب الكثير كذا ذكر الخصاف ووجهه ان صاحب الكثير طلب من القاضي ان يخصه بالانتفاع بملكه
وهذا منه طلب الحق والانصاف فان له ان يمنع غيره من الانتفاع بملكه فيجب على القاضي ان يجيبه
اليه لانه نصب لايصال الحقوق الى اهلها ودفع المظالم ولا يعتبر تضرر الاخر لانه يريد ان ينتفع
بملك غيره فلا يمكن من ذلك وان لحقه بالمنع ضرر ولو طلب صاحب القليل مع انه لا ينتفع به
لا يجيبه لانه متعنت في طلب الضرر على نفسه لان القاضي لا يشتغل بما لا يفيد وذكر الجصاص على
عكسه لان صاحب الكثير يريد الاضرار بغيره والاخر راض بضرر نفسه فيجيبه وذكر الحاكم ان ايهما طلب
القسمة يقسم القاضي لانه ان طلب صاحب القليل قسمه فقد رضي بضرر نفسه وان طلبها صاحب
الكثير فقد طلب ان ينتفع بنصيبه فيجيب كل واحد منهما والاصح ما ذكره الخصاف لان القاضي يجب عليه
ايصال الحق الى مستحقه وفي طلب صاحب الكثير ذلك ولا يلزمه ان يجيبهم الى اضرار انفسهم وفي
طلب صاحب القليل ذلك وقال ابن ابي ليلى لا يقسم بطلب البعض الا اذا كان كل واحد من الشركاء ينتفع
بنصيبه لان المقصود بالقسمة تكميل المنفعة وتحصيلها لا تفويتها والمعتبر فيها المعادلة بينهم
في المنفعة واذا ادت القسمة الى الاضرار بالبعض لم تكن مشروعة لانها تقع على ضرر فصار كما اذا كان
كلهم لا ينتفعون وكما اذا طلب صاحب القليل قلنا ان طالب القسمة يطلب حقه وان ينتفع
بملكه ويمنع غيره من الانتفاع بملكه فيجب على القاضي ايصال حقه على ما بينا والضرر الذي يلحقه
عند الانتفاع بملك الغير لا يعد ضررا فلا يبالي به ولا يمنع الحكم بالعدل في ساير المواضع لان
المحكوم عليه لا بد له من الضرر ولو كان ذلك مانعا من الحكم بالعدل لما وصل احد الى حقه قال رحمه الله
ويقسم العروض من جنس واحد لان اعتبار المعادلة في المنفعة والمالية ممكن عند اتحاد الجنس لاتحاد
المقصود منه فيقع تمييزا فيملك القاضي الاجبار عليها قال رحمه الله ولا يقسم الجنسان والجواهر والرقيق والحمام
والبير والرحا الا برضاهم اما الجنسان فلعدم الاختلاط بينهما فلا تقع القسمة تمييزا بل تقع معاوضة
فيعتمد التراضي دون جبر القاضي لان اجباره عليها على اعتبار التمييز واما الجواهر فلان جهالتها متفاحشة
الا ترى انها لا تصلح عوضا عما ليس بمال كالنكاح والخلع وقيل لا يقسم الكبار منها
لفحش التفاوت ويقسم الصغار منها لقلة التفاوت وقيل اذا اختلف جنسها لا يقسم وان اتحد يقسم
كساير الاجناس واما الرقيق فالمذكور هنا قول ابي حنيفة وعندهما يجوز قسمة الرقيق لاتحاد الجنس
... التفاوت في الجنس الواحد لا يمنع القسمة كما في الابل والغنم ولهذا يقسم الرقيق في الغنيمة بين الغانمين
ويصح تسميته في النكاح مهرا ونحوه ولابي حنيفة ان التفاوت في الرقيق فاحش لتفاحش المعاني الباطنة
كالذهن والكياسة لان من العبيد من يصلح للامانة ويعتمد على كلامه ويحسن التجارة وغيرها من
الصنايع كالكتابة ومنهم من لا يصلح لشي من ذلك فلا يمكن جمع نصيب كل واحد منهم في واحد فتعذر
التمييز فلا يكون قسمة وانما هي مبادلة فلا يجبر عليها بخلاف ساير الحيوانات لان الانتفاع بها
لا يختلف الا شيئا يسيرا وذلك مغتفر في القسمة الا ترى ان الذكر والانثى من بني ادم جنسان مختلفان
ومن الحيوان جنس واحد فلا يجوز القياس عليه وكذا لو اشترى المضارب عبدين وقيمة كل واحد منهما
قدر راس المال ... يتبين الربح ولو كان الرقيق كالجنس الواحد لتبين كالثوبين والفرسين وقسمة الغنايم
تجري في الاجناس ... لا يلزم لان حق الغانمين تعلق بالمالية دون العين حتى كان للامام ان يبيع الغنايم
ويقسم الثمن بينهم وفي غير الغنايم ليس له ان يبيع ملك غيره الا باذن صاحبه فامتنع القسمة فيه
لانها مبادلة وهذا الخلاف فيما اذا كان الرقيق وحدهم وليس معهم شي اخر من العروض وهم ذكور فقط

ويمنع غيره عن الانتفاع بملكه صح

جبرا فيقسم كل مكيل وموزون كثيرا او قليلا والمعدود المتقارب والتبر من الذهب والفضة والحديد والنحاس بانفرادها والابل والبقر والغنم بانفرادها اي بردونا وحمارا شاة وبعيرا ولا يقسم مسكين

تتعلق بالمسائل الستة مكين

نسخه المعاني الباطنة

الذكر والانثى من بني ادم جنسان

او اناث فقط واما اذا كانوا مختلطين بين الذكور والاناث لا يقسم بالاجماع لان الذكور والاناث من بني ادم
جنسان لاختلاف المقاصد على ما عرف ولا يقسم الجنسان وان كان مع الرقيق شيء اخر مما يقسم جازت القسمة
في الرقيق تبعا لغيرهم بالاجماع ويجبرهم القاضي بطلب البعض وكم من شيء يدخل تبعا وان لم يجز دخوله
قصدا كبيع الشرب والطريق يدخل في بيع الارض تبعا ولا يجوز بيعه وحده واما الحمام والبير والرحا
فلما ذكرنا من الحاق الاضرار بالكل قال رحمه الله دور مشتركة او دار وضيعة او دار وحانوت قسم كل على حدة
اما الدور المشتركة فالمذكور هنا قول ابي حنيفة رحمه الله وقالا يقسم الدور بعضها في بعض اذا كانت في
مصر واحد وكانت القسمة اصلح لهم لان الدور جنس واحد نظرا الى اتحاد الاسم والصورة واصل السكنى
اجناس نظرا الى اختلاف الاغراض وتفاوت منفعة السكنى باختلاف المحال فكان مفوضا الى راي القاضي
وهذا لان المعتبر في القسمة تكميل المنفعة والمعادلة بينها في المالية والمقصود دفع الضرر عن الشركا
واذا قسم كل دار على حدة ربما يتضرر كل واحد منهم لتفرق نصيبه واذا قسم الكل قسمة واحدة يجتمع
نصيب كل واحد منهم في دار واحدة وينتفع بذلك والقاضي نصب ناظرا فكان الراي اليه
ولابي حنيفة ان الدور اجناس مختلفة لان المقصود يختلف باختلاف المحال والجيران والقرب الى المسجد
والماء اختلافا فاحشا فلا يمكن التعديل في القسمة فلا يجوز جمع نصيب كل واحد منهم في دار الا بالتراضي
الا ترى ان التوكيل بشراء دار لا يجوز وكذا التزوج بها كما هو الحكم في التوكيل بشراء ثوب وفي التزوج
على ثوب وهذا يؤذن بان الجنس مختلف فهذا هو الاصل لامتناع القسمة ولا يجوز الا في متحد الجنس
فيقسم كل مكيل وموزون ومعدود متقارب كالقمح يقسم بانفراده ولا يجمع لما ذكرنا وكذا الثياب
الهروية والمروية وتبر الذهب والفضة والنحاس والاواني منها يقسم كل جنس على حدة ولا يجمع
بين الاجناس لما ذكرنا واختلاف بيوت دار واحدة لا يمنع القسمة لان في قسمة كل بيت على حدة ضررا
ضررا وكذا اذا كانت في محلة او محال لما ذكرنا من الضرر والتفاوت ايضا يسير بخلاف الدور والمنازل
المتلازقة كالبيوت والمتباينة كالدور لانه بين الدار والبيت فاخذ شبها من كل واحد منهما والدور
في مصرين لا تقسم بالاجماع فيما رواه هلال وعن محمد انها تقسم واما الدار والضيعة او الدار
والحانوت فلاختلاف الجنس ذكره الخصاف وقال في اجارة الاصل ان اجارة الدار بمنافع الحانوت
لا يجوز وهذا يدل على انهما جنس واحد فيحتمل ان يكون في المسئلة روايتان او تبنى حرمة الربو
فيها على شبهة المجانسة قال رحمه الله ويصور القاسم ما يقسمه اي على قرطاس ليمكنه حفظه قال رحمه الله
ويعدله اي يسويه على سهام القسمة ويروى ويعزله اي يقطعه بالقسمة عن غيره قال رحمه الله
ويذرعه ويقوم البناء لان قدر المساحة يعرف بالذرع والمالية بالتقويم ولا بد من معرفتهما
ليمكنه التسوية في المالية ولا بد من تقويم الارض ومن ذرع البناء لما ذكرنا قال رحمه الله ويفرز كل نصيب
بطريقه وشربه لان القسمة لتكميل المنفعة وبه تكمل لانه اذا لم يفرز يبقى لنصيب بعضهم
تعلق بنصيب الاخر فلم يحصل الانفصال من كل وجه وهذا بيان الافضل فان لم يفرزه او لم
جاز قال رحمه الله ويلقب الانصباء بالاول والثاني والثالث ويكتب اساميهم ويقرع فمن خرج اسمه
اولا فله السهم الاول ومن خرج ثانيا فله السهم الثاني فالقرعة لتطييب قلوبهم حتى لو عين الامام
بلا قرعة جاز لانه في معنى القضاء فيملك الالزام ولقب الانصباء ليتمكن من الالزام عند خروج
قرعة كل واحد منهم وكيفيته ان ينظر الى الاقل الانصباء فيقدر به اجزاء السهام حتى اذا كانت
العقار مشتركا بين ثلاثة نفر لاحدهم النصف وللاخر الثلث وللاخر السدس جعلها اسداسا
لانه اقل فيكون لصاحب النصف ثلاثة اسداس ولصاحب الثلث سدسان وللثالث السدس

فصل في كيفية القسمة
مستخلص

على كيفية القرعة بين المتقاسمين

يلقب النصيب من اي جانب شاء بالاول ثم الذي يليه بالثاني ثم الذي يليه بالثالث ثم يكتب اسامي
الشركاء ببطاقات فيطوي كل بطاقة ويجعلها شبه البندقة ويدخلها في طين ثم يخرجها اذا نشفت
وهي مثل البندقة ثم يدلكها ثم يجعلها في وعاء او كمه ثم يخرج واحدا بعد واحد فمن خرج اسمه اولا
فله السهم الاول ومن خرج ثانيا فله السهم الثاني الى ان ينتهي الى الاخر فان خرج اولا في المثال الذي
ذكرناه اسم صاحب النصف كان له ثلاثة اسداس من الجانب الملقب بالاول وان خرج ثانيا كان له
ذلك من الذي يلي الاول وان خرج ثالثا كان له كذلك من الذي يلي الثاني وعلى هذا كل واحد منهم
ولا يقال تعليق الاستحقاق بالقرعة قمار وهو حرام لانا نقول لا يحصل الاستحقاق بالقرعة لان
الاستحقاق كان ثابتا قبله وكان للقاضي ولاية الزام كل واحد منهم النصيب وانما صير اليه لتطييب
قلوبهم وهذا ليس بقمار وانما القمار على زعمهم اسم لما يستحقون به شيئا لم يكن لهم قبل لا مثل هذه
فان هذه مشروعة كما اخبر الله تعالى عن يونس وزكريا عليهما السلام والقمار غير مشروع قال رحمه الله
ولا يدخل في القسمة الدراهم الا برضاهم لانه لا شركة فيها ويفوت بها التعديل ايضا في القسمة
لان بعضهم يصل الى عين المال المشترك في الحال ودراهم الاخر في الذمة فيخشى عليها التوى ولان في
الجنسين المشتركين لا يقسم فيما ظنك عند عدم الاشتراك واذا كان ارض وبناء فعن ابي يوسف انه
يقسم باعتبار القيمة لانه لا يمكن اعتبار التعديل فيه الا بالتقويم لان تعديل البناء لا يمكن الا
بالمساواة وعن ابي حنيفة انه يقسم الارض بالمساحة والمساحة هي الاصل في الممسوحات ثم يرد
من وقع في نصيبه البناء او من كان نصيبه اجود دراهم على الاخر حتى يساويه فيدخل الدراهم
في القسمة ضرورة كالاخ لا ولاية له في المال ثم يملك تسمية الصداق ضرورة صحة التزويج
وعن محمد رحمه الله انه يرد على شريكه بمقابلة البناء ما يساويه من العرصة فاذا بقي فضل ولم يمكن
تحقيق التسوية بان لم تف العرصة بقيمة البناء فحينئذ يرد دراهم لان الضرورة في هذا القدر فلا يترك
الاصل وهو القسمة بالمساحة الا بالضرورة وهذا يوافق رواية الاصل قال رحمه الله وان قسم ولاحدهم
مسيل او طريق في ملك الاخر لم يشترط في القسمة صرف عنه ان امكن والا فسخت القسمة لان
المقصود من القسمة تكميل المنفعة باختصاص كل منهم بنصيبه وقطع اسباب تعلق كل واحد
منهم بنصيب غيره فان امكن صرفه حصل ذلك والا لم يحصل فكانت القسمة مختلفة فتتعين
الفسخ والاستيناف لنفي ضرر الاختلاط بخلاف البيع حيث لا يفسخ ولا يفسد البيع فيما اذا لم يتمكن
المشتري من الاستطراق او من تسييل الماء لان المقصود من البيع تملك العين ولا يشترط فيه الانتفاع
في الحال ولا كذلك القسمة لانها لتكميل المنفعة ولا يتصور الا بما ذكر وذكر الحقوق في الوجه
الاول وهو ما اذا امكن صرفه عن الاخر بان قال هذا لك بحقوقه كان الجواب فيه مثل ما اذا لم
يقل بحقوقه فينصرف عنه لان القسمة للتمييز على ما بينا وذلك بان لا يتعلق حق بعضهم بنصيب
غيره وقد امكن تحقيقه بصرفه عنه من غير ضرر فينصرف عنه الا اذا قال له خذ هذا بطريقه
وشربه ومسيله فح لا يصرف عنه لانه اثبت له بالبلغ وجوه الاثبات بخلاف البيع اذا ذكر فيه
الحقوق حيث يدخل فيه ما كان من الطريق والمسيل لانه امكن تحقيق معنى البيع فيه وهو التمليك
مع بقاء هذا التعليق بملك غيره وفي الوجه الثاني وهو ما اذا لم يمكن صرف الطريق والمسيل عنه يدخل
الطريق والمسيل لان القسمة لتكميل المنفعة وذلك بالطريق والمسيل فيدخل عند التنصيص باعتبار
انه تكميل فيها معنى الافراز وذلك بانقطاع التعلق فباعتباره لا يدخل من غير تنصيص بخلاف
الاجارة حيث يدخل فيها بدون ذكره لان كل المقصود فيها الانتفاع وهو لا يحصل الا بالدخول

وكذا بينا عليه الاثم كان يقرع بين نسائه اذا اراد سفرا
مستخلص

كما اذا كانت دار بين جماعة فقسموها وفي نصيب واحد فضل بناء فاراد احدهم ان يكون عليه عوض
البناء الدراهم واراد الاخر ان يكون عوضه من الارض
لا من الدراهم فلا يكلف الذي وقع البناء في نصيبه
ان يرد بازاء البناء الدراهم الا اذا تعذر
فحينئذ للقاضي ذلك مستخلص

المسيل والطريق لانه ليس له ان يستطرق في
طريق الاخر لامكان تحقيق معنى القسمة
وهو قطع الشركة ولا تفسخ القسمة مستخلص

الحقوق تدخل في عقد الاجارة ان لم ينص عليها

اختلفوا في مقدار عرض الطريق

الحقوق فيدخل من غير ذكر ولو اختلفوا في ادخال الطريق في القسمة بان قال بعضهم لا يقسم الطريق بل يبقى
مشترك كما مثل ما كان قبل القسمة نظر الحاكم فيه فان كان يستقيم ان يفتح كل في نصيبه قسم الحاكم من غير
طريق يرفع بينهم قطعا لتكميل المنفعة وتحقيقا للافراز من كل وجه وان كان لا يستقيم ذلك رفع طريقا
بين جماعتهم ليتحقق تكميل المنفعة فيما وراء الطريق ولو اختلفوا في مقدار عرضه يجعل على قدر عرض
باب الدار بطوله اي ارتفاعه حتى يخرج كل واحد منهم جناحا في نصيبه ان كان فوق الباب لا فيما
دونه لان باب الدار طريق متفق عليه والمختلف فيه يرد الى المتفق عليه ولان في ذلك القدر كفاية
في الدخول فكذا في السلوك فيبقى ملكهم في الطريق على قدر سهامهم في الدار لان القسمة وقعت فيما
وراءه ولم تقع فيه فبقي على الشركة كما كان ولو شرطوا ان يكون الطريق في الدار على قدر التفاوت
جاز وان كانت سهامهم في الدار متساوية لان القسمة على التفاوت بالتراضي في غير الاموال الربوية
جايزة وان كان ذلك ارضا يرفع قدر ما يمر فيه ثور لوقوع الكفاية به في المرور قال رحمه الله سفل له
علو وسفل مجرد وعلو مجرد قوم كل واحد على حدة وقسم بالقيمة وهذا قول محمد رحمه الله وعليه الفتوى وقال
ابو حنيفة وابو يوسف يقسم بالذرع لان القسمة بالذرع هي الاصل في المذروع والكلام فيه والمعتبر
التسوية في اصل السكنى لا في المرافق ومحمد رحمه الله ان السفل يصلح لما لا يصلح له العلو كالبير والسرداب
والاصطبل وغيره فصار كالجنسين فلا يمكن التعديل الا بالقيمة ثم اختلف ابو حنيفة وابو يوسف في
كيفية القسمة بالذرع فقال ابو حنيفة رحمه الله ذراع من سفل بذراعين من علو وقال ابو يوسف ذراع بذراع
قيل اجاب كل واحد منهم على عادة اهل عصره فان ابا حنيفة اجاب بناء على ما شاهد من عادة اهل الكوفة
في اختيار السفل على العلو وابو يوسف اجاب بناء على ما شاهد من عادة اهل بغداد في التسوية بين العلو
والسفل في منفعة السكنى ومحمد اجاب على ما شاهد من اختلاف العادة في البلدان وقيل هو اختلاف
حجة بينهم فان ابا حنيفة يقول لصاحب السفل منافع كثيرة وهو يبقى ايضا بعد انهدام العلو والعلو
لا يبقى بعد انهدام السفل فكانت منفعته ضعف العلو ولصاحب العلو منفعة واحدة وهي منفعة
السكنى وابو يوسف يقول هما مستويان في الانتفاع فان لكل واحد من صاحب العلو والسفل ان يفعل
ما لا يضر بالاخر حتى كان لصاحب العلو ان يبني اذا لم يضر بصاحب السفل ولصاحب السفل ان يحفر اذا لم
يضر بصاحب العلو فاستويا في الانتفاع فيستويان في القسمة ومحمد يقول العلو والسفل يتفاوتان
والمعادلة في قيمة البناء بالقيمة لان في بعض البلدان قيمة العلو اكثر كما في مكة ومصر وفي بعضها
قيمة السفل اكثر كما في الكوفة وقيل في موضع تكثر النداوة فيه والسبخ يختار العلو وفي كل موضع
يشتد البرد ويكثر الريح يختار السفل فيه وربما يختلف ذلك ايضا باختلاف الاوقات كالصيف والشتاء
فلا يمكن اعتبار المعادلة فيهما الا بالقيمة ثم قول محمد لا يحتاج الى التفسير وتفسير قول ابي حنيفة ان يجعل
بمقابلة شيء من العلو المجرد قدر ثلثه من البيت الكامل لان السفل عنده ضعف العلو فيقابل السفل من
الكامل ثلثي العلو المجرد فبقي العلو من البيت الكامل يقابل الباقي من العلو المجرد وهو الثلث فاستويا
ويجعل بمقابلة شيء من السفل المجرد قدر ثلثه من البيت الكامل لان السفل منه مثل السفل من
[illegible] فلا يتفاوتان فبقي الثلث من السفل المجرد يقابل العلو من البيت الكامل ويجعل بمقابلته شيء من العلو المجرد
قدر نصفه من السفل المجرد لان السفل يقابل ضعفه من العلو وتفسير قول ابي يوسف ان يجعل بمقابلته
شيء من السفل المجرد او من العلو المجرد قدر نصفه من البيت الكامل فيقابل نصفه العلو ونصفه الاخر
السفل لاستواء السفل والعلو عنده ويجعل بمقابلته شيء من السفل المجرد قدره من العلو المجرد لما
ذكرنا قال رحمه الله وتقبل شهادة القاسمين ان اختلفوا اي اذا انكر بعض الشركاء بعد القسمة استيفاء

نصيبه فشهد القاسمان انه استوفى حقه تقبل شهادتهما سواء كانا من جهة القاضي او غيره وهذا
قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا تقبل وهو قول ابي يوسف اولا وبه قال الشافعي وذكر الخصاف
قول محمد مع قولهما لمحمد انهما شهدا على فعل انفسهما التصحيح نقض بهما فلا يقبل كمن علق عتق عبده
بفعل غيره فشهد ذلك الغير على فعله ولهما انهما شهدا على الاستيفاء والقبض وهو فعل غيرهما
لان فعلهما التمييز لا غير ولا حاجة الى الشهادة على التمييز ولانه لا يصلح ان يكون مشهودا به لانه
غير لازم وانما يلزم بالقبض والاستيفاء وهو فعل غيرهما فتقبل الشهادة عليه وقال الطحاوي رحمه الله
اذا قسما باجرة لا تقبل شهادتهما بالاجماع واليه مال بعض المشايخ لانهما يدعيان ايفاء عمل استؤجر
عليه فكانت شهادة صورة ودعوى معنى فلا تقبل قلنا هما لا يجران بهذه الشهادة الى انفسهما مغنما
لان الخصوم موافقون لهما على ايفائهما العمل المستاجر عليه وهو التمييز وانما الاختلاف في الاستيفاء
فانتفت التهمة ولو شهد قاسم واحد لا تقبل لان شهادة الفرد غير مقبولة على الغير ولو امر القاضي
امينه ان يدفع المال الى اخر يقبل قول الامين في دفع الضمان عن نفسه ولا يقبل في الزام الاخر اذا
كان منكرا قال رحمه الله ولو ادعى احدهم ان من نصيبه شيئا في يد صاحبه وقد اقر بالاستيفاء لا يصدق
الا ببينة لان القسمة من العقود اللازمة والمدعي الغلط يدعي حق الفسخ لنفسه بعد تمامها
فلا يقبل الا بحجة وان لم يقم بينة استحلف الشركاء لانهم لو اقروا بذلك لزمهم فاذا انكروه حلفوا عليه
ومن حلف منهم لم يكن له عليه سبيل ومن نكل عن اليمين جمع نصيبه مع نصيب المدعي فيقسم على قدر
حقهما لان نكوله حجة عليه كاقراره ولا يكون حجة على غيره قالوا وينبغي ان لا يقبل دعواه اصلا لانه
متناقض واليه اشار من بعد حيث شرط للتحالف ان لا يشهد على نفسه بالاستيفاء ويشير بذلك الى انه
لو اشهد على نفسه بالاستيفاء لا يتحالفان لان دعواه لم تصح للتناقض فاذا منع التحالف لعدم
صحة الدعوى للتناقض فكذا هنا لانه قد اشهد على نفسه بالاستيفاء فوجب ان لا تقبل دعواه
قال رحمه الله وان قال استوفيت واخذت بعضه صدق خصمه بحلفه اي لو قال استوفيت حقي واخذت
بعضه كان القول قول خصمه مع يمينه لانه يدعي عليه الغصب وهو ينكر فالقول قول المنكر قال رحمه الله
وان لم يقر بالاستيفاء وادعى ان ذا حظه ولم يسلم اليه وكذبه شريكه تحالفا وفسخت القسمة لان
الاختلاف فيما حصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف في المبيع والثمن قال رحمه الله ولو ظهر غبن فاحش في القسمة
تفسخ وهذا اذا كانت القسمة بقضاء القاضي فظاهر لان تصرفه مقيد بالعدل والنظر واما اذا كانت
بالتراضي فقد قيل لا يلتفت الى قول من يدعيه لانه دعوى الغبن ولا معتبر به في البيع فكذا في القسمة
لوجود التراضي وقيل تفسخ هو الصحيح ذكره في الكافي وقال ابو جعفر ينبغي ان يقال لا تصح هذه الدعوى
لان القسمة بمعنى البيع فلا تنتقض بظهور الغبن الفاحش فيها كما في البيع واذا وقعت بالقضاء يجب
نقضها بالغبن الفاحش لانه حصل بغير رضاء المالك فصار كبيع الاب او الوصي ينقض بالغبن الفاحش
وينبغي ان يقال تصح هذه الدعوى لان القيمة معتبرة في باب القسمة لتقع القسمة على سبيل المعادلة
لانه يكون من حيث القيمة في الاشياء المتفاوتة فاذا ظهر غبن فاحش في القسمة فقد فات شرط
جواز القسمة وهو المعادلة فيجب نقضها بخلاف البيع لانه غير مبني على المعادلة في القيمة ولو اقتسما
دارا واصاب كل واحد منهما طايفة فادعى احدهما بيتا في يد الاخر انه مما اصابه بالقسمة وانكر
الاخر فعليه اقامة البينة وان اقاما البينة فالاعتبار بينة المدعي لانه خارج وان كان قبل
الاشهاد على القبض فقد تحالفا وفسخت القسمة وكذا اذا اختلفا في الحدود واقاما البينة يقضى لكل واحد منهما
بالجزء الذي هو في يد صاحبه لانه خارج فيه وبينة الخارج احق واذا اقام احدهما بينته قضي له به

القسمة على التفاوت بالتراضي جايزة في غير الاموال الربوية

اذا شهد على فعل نفسه لا يقبل

فتقبل وهو الاصح مسكين

يقبل قول الامين في دفع الضمان عن نفسه

لانه اقر بالاستيفاء وانه عبارة عن قبض حقه فاذا زعم انه ما اصابه شيء في يد صاحبه والشهادة تناقضا فابطلوا الدعوى

اي لو قال اصابني الى موضع كذا فلم يسلمه الي وكذبه شريكه تحالفا

اي دعوى الغبن في البيع من المالك لا ينتقض بالغبن فكذا ان البيع من غير المالك فينتقض كبيع الاب والوصي فانه ينتقض نهاية

ان يقيم كل واحد منهما البينة على الحد في يد صاحبي وقال الاخر هو في يد صاحبي نهاية

وان لم يقم واحد منهما بينة تحالفا وترادا كما في البيع والله اعلم **فصل** ولو استحق بعض شايع
من حظ احدهما رجع بقسطه في حظ شريكه ولا تفسخ القسمة وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف تفسخ القسمة
هكذا ذكر الاختلاف في الجزء الشايع في الاسرار وغيره وذكر القدوري الاختلاف في استحقاق بعض نصيب
احدهما بعينه والصحيح ان الاختلاف في الشايع وفي استحقاق بعض العين لا تفسخ بالاجماع ولو استحق
بعض شايع في الكل تفسخ بالاجماع فهذه ثلاثة اوجه ومحمد مع ابي حنيفة فيما حكاه ابو حفص ومع
ابي يوسف فيما حكاه ابو سليمان والاول اصح لابي يوسف انه باستحقاق ظهر لهما شريك اخر والقسمة
بدونه لا تصح فصار كما اذا استحق بعض شايع في الكل يحققه ان استحقاق جزء شايع ينعدم به معنى
القسمة وهو الافراز الا ترى انه يوجب الرجوع بحصته في نصيب غيره شايعا كاستحقاق الكل شايعا
بخلاف المعين لان ما وراءه المستحق بقي مفرزا على حاله ليس للغير فيه حق ولهما ان المقصود بالقسمة
التمييز والافراز ولا ينعدم باستحقاق جزء شايع من نصيب الواحد ولهذا جازت القسمة في الابتدا
على هذا الوجه بان كان البعض المقدم مشتركا بين ثلاثة نفر والبعض الاخر بين اثنين منهم فاقتسم
الاثنان على ان ما لهما من المقدم وللاخر المؤخر واقتسماه على ان لاحدهما ما لهما من المقدم وبعض
المؤخر مفرزا يجوز فكذا هذا وصار كاستحقاق شي بعينه بخلاف استحقاق الشايع في الكل لان معنى
الافراز والتمييز لم يتحقق مع بقاء نصيب البعض في الكل ولهذا لا تجوز القسمة ابتداء على هذا الوجه فكذا
بقاء لانها لو بقيت لتضرر المستحق بتفريق نصيبه في الانصباء ولا ضرر هاهنا بالمستحق توضيح الفرق
فاذا لم تبطل رجع بحسابه على شريكه لانه لو استحق نصيب احدهم كله يرجع به على الشركاء فكذا اذا
استحق البعض اعتبارا للجزء بالكل وله ان ينقض ان شاء دفعا لعيب التشقيص لانه اذا رجع على الشركاء
بحسابه يتفرق نصيبه فيتضرر به ولو باع بعضهم بعض نصيبه شايعا ثم استحق بعض ما بقي شايعا
كان له ان يرجع على الشركاء بحسابه وسقط خيار الفسخ ببيع البعض وعند ابي يوسف يرجع على ما في ايديهم
بحسابه ويضمن حصتهم مما باع لان القسمة تنقلب فاسدة عنده والمقبوض بالفاسد مملوك وينفذ
بيعه وهو مضمون بالقيمة فيضمن لهم ولو اقتسم الورثة التركة ثم ظهر فيها دين محيط قيل للورثة
اقضوا دين الميت فان قضوه صحت القسمة والا فسخت لان الدين مقدم على الارث فيمنع وقوع الملك لهم
فيها الا اذا اقضوا الدين او ابرا الغرماء فحينئذ تصح قسمتهم لزوال المانع ولو كان الدين غير مستغرق فكذلك
الجواب لتعلق حق الغرماء بالتركة الا اذا بقي من التركة ما يفي بالدين فحينئذ لا تفسخ القسمة لعدم
الحاجة ولو ادعى احد المتقاسمين في التركة دينا في التركة صح دعواه لانه لا تناقض اذ الدين يتعلق
بالمعنى والقسمة تصادف الصورة ولو ادعى عينا باي سبب كان لم تسمع دعواه اذ الاقدام على القسمة
اعتراف منه بان المقسوم مشترك **باب المهايأة** ولو تهايا في سكنى دار او دارين او خدمة عبد
او عبدين او غلة دار او دارين صح التهايؤ اعلم ان المهاياة مشتقة من الهيئة وهي الحالة الظاهرة
المتهيئ للشي والتهايؤ تفاعل منها وهو ان يتواضعوا على امر فيتراضوا به وحقيقته ان كلا منهم
يرضى بهيئة واحدة ويختارها وهي في الشرع عبارة عن قسمة المنافع وهي جائزة فيما ذكره الشيخ استحسانا
والقياس ان لا تجوز لانها مبادلة المنفعة بجنسها لان كل واحد من الشريكين ينتفع في نوبته بملك
شريكه عوضا عن انتفاع شريكه بملكه في نوبته ولكن ترك ذلك بالكتاب والسنة واجماع الامة
اما الكتاب فقوله تعالى لها شرب ولكم شرب يوم معلوم وهذا هو المهاياة واما السنة فما روي انه
عليه السلام قسم في غزوة بدر كل بعير بين ثلاثة نفر وكانوا يتناوبون في الركوب وما روي ان الرجل
الذي خطب تلك المراة بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم وعلم انه ليس له صداق الا نصف ازاره

فقال له عليه السلام ما تصنع بازارك ان لبسته لم يكن عليها منه شي وان لبسته لم يكن عليك منه شي
اي بطريق المهاياة وهذا هو تفسير المهاياة وعلى جوازها اجماع الامة ولان المهاياة قسمة المنافع
يصار اليها لتكميل استيفاء المنفعة لتعذر الاجتماع على عين واحدة في الانتفاع بها فكانت المهاياة
جمعا للمنافع في زمان واحد كالقسمة جمع النصيب الشايع في مكان معين فجرت المهاياة في المنافع
مجرى القسمة في الاعيان ولو لم تجز المهاياة لادى الى تعطيل الاعيان التي لا يمكن قسمتها لانه قبيح
لان الاعيان خلقت للانتفاع بها وهو منافيه فتجوز ضرورة كقسمة الاعيان فيجري جبر القاضي فيها كما
يجري في قسمة الاعيان الا ان القسمة اقوى منه في استكمال المنفعة لانه جمع المنافع في زمان
واحد والتهايؤ جمع على التعاقب ولهذا لو طلب احد الشريكين القسمة والاخر المهاياة يقسم القاضي
لانه ابلغ في التكميل ولو وقعت المهاياة فيما يحتمل القسمة ثم طلب احدهما القسمة تقسم وتبطل
المهاياة لانه ابلغ ولا تبطل المهاياة بموت احدهما ولا بموتهما لانها لو بطلت لاستانفها الحاكم
ولا فايدة في الاستيناف ثم لو تهايا في دار واحدة على ان يسكن احدهما بعضها والاخر البعض او احدهما
العلو والاخر السفل جازت لان القسمة على هذا الوجه جايزة فكذا المهاياة والتهايؤ في هذا الوجه
افراز لجميع الانصبا لا مبادلة لانه لو كان مبادلة لما صح لانها لا تجوز في الجنس الواحد لشبهة الربوا
وقيل هو افراز من وجه عارية من وجه وانما قيل ذلك خشية الربوا وكلا القولين مشكل لان
كل واحد منهما يترك ما له من المنفعة فيما اخذه صاحبه بعوض وهو الانتفاع بنصيب صاحبه فكيف
يتصور ان يكون افرازا للكل او عارية في البعض والعارية ايضا غير لازمة والمهاياة لازمة وقيل
هو افراز من وجه ومبادلة من وجه كقسمة الاعيان والاوجه انه افراز من كل وجه في المهاياة في المكان
ولهذا لا يشترط فيها التاقيت وجاز لكل منهما ان يستغل ما اصابه بالمهاياة على الظاهر شرط ذلك
في العقد او لم يشترط لحدوث المنافع على ملكه ولا كذلك العارية والاجارة وفي المهاياة في الزمان
افراز من وجه ويجعل كالمستقرض لنصيب شريكه فكان مبادلة من وجه وانما قلنا ذلك لان معنى
الافراز يتحقق في المهاياة في المكان دون الزمان وكذلك لو تهايا في الزمان في عبد واحد جاز
لانها متعينة فيه لتعذر التهايؤ في المكان والبيت الصغير كالعبد ولو اختلفا في التهايؤ من حيث
الزمان والمكان في محل يحتملهما يامرهما القاضي بالاتفاق لان التهايؤ في المكان اعدل لاستوايهما
في زمان الانتفاع وليس فيه تقديم احدهما على الاخر فكان اعدل وفي الزمان اكمل لان كل واحد منهما
ينتفع في نوبته بجميع الدار فكان اكمل فلما اختلفت الجهة فلا بد من الاتفاق فان اختاراه من
حيث الزمان يقرع في البداة بينهما تطييبا للقلوب ونفيا للتهمة عن نفسه ولو تهايا في عبدين
على الخدمة جاز اما عندهما فظاهر لان قسمة الرقيق جايزة عندهما فكذا المنفعة واما عند ابي حنيفة
فروي عنه انه لا يجوز الا بالتراضي لان قسمة الرقيق لا يجري فيها الجبر عنده فكذا منفعته والاصح
ان القاضي يهايئ بينهما جبرا لطلب احدهما لان المنافع من حيث الخدمة قل ما تتفاوت بخلاف
اعيان الرقيق لانها تتفاوت تفاوتا فاحشا على ما بينا ولو تهايا بينهما على ان نفقة كل عبد على من
ياخذه جاز استحسانا لان العادة جرت بالمسامحة في طعام المماليك فلا تفضي الجهالة الى النزاع
ونظيره استيجار الظئر بطعامها وكسوتها لجريان العادة بالمسامحة لاجل الولد بخلاف كسوة
المماليك لانه لا تسامح فيها عادة ولو تهايا في دارين على ان يسكن كل واحد منهما دارا جاز ويجبر
القاضي عليه وهذا عندهما ظاهر لان الدارين عندهما كدار واحدة حتى يجري الجبر على قسمتهما
وكذا عنده لان المنافع فيهما لا تتفاوت فيجوز ويجبر الابي منهما ويعتبر افرازا كالاعيان المتعارية

بخلاف القسمة لان التفاوت في اعيانهما فاحش فالحقت بالاجناس المختلفة وصارت مبادلة
وقيل عنده يجوز بالتراضي ولا يجبر اعتبارا بالقسمة وعنه انه لا يجوز التهايي فيه اصلا لا بالجبر
ولا بالتراضي لانه يصير بيع المنافع بالمنافع من جنسه نسيئة وذلك لا يجوز على ما مر في الاجارة
بخلاف قسمة رقبتهما حيث يجوز بالتراضي لان بيع احدهما بالاخرى جايز وفي الظاهر ان قوله كقولهما
وفي الدابتين لا يجوز التهايي على الركوب عند ابي حنيفة وعندهما يجوز اعتبارا بالقسمة الاعيان
ولابي حنيفة رحمه الله ان الاستعمال يتفاوت بتفاوت الراكبين فانهم بين حاذق واخرق والتهايي في
الركوب في دابة واحدة على هذا الخلاف لما قلنا بخلاف العبد والعبدين لانه يخدم باختياره فلا
يتحمل الزيادة على طاقته والدابة تحملها واما التهايي في الغلة فتذكر من قريب ان شاء الله تعالى
قال وفي غلة عبد او عبدين او بغل او بغلين او ركوب بغل او بغلين او ثمرة شجرة او لبن شاة لا
اي لا يجوز في هذه الاشيا التهايي اما في عبد واحد او بغل واحد فلان النصيبين يتعاقبان في الاستيفا
فالظاهر التغير في الحيوان فتفوت المعادلة بخلاف التهايي في استغلال دار واحدة حيث يجوز في
ظاهر الرواية لان الظاهر عدم التغير في العقار فافترقا ولو زاد غلة الدار الواحدة في نوبة احدهما على
الغلة في نوبة الاخر يشتركان في الزيادة تحقيقا للتعديل بخلاف ما اذا كان التهايي في المنافع فاستغل
احدهما في نوبته زيادة لان التهايي وقع في المنافع هناك فيجب مراعاة المعادلة فيها وبالتفاوت
في الغلة لا يتبين فوت المعادلة في المنافع فان الشيئين قد يستويان ثم يختلفان في البدل عند العقد
وبخلاف ما لو تهايا على الاستغلال في الدارين وفضلت غلة احدهما حيث لا يشتركان فيه لان معنى
الافراز راجح في الدارين لاتحاد زمان الاستيفا فان كل واحد منهما يصل الى الغلة في الوقت الذي يصل
اليها صاحبه وفي الدار الواحدة يتعاقب الوصول فاعتبر قرضا كانه اقرض نصيبه من غلة هذا الشهر على
ان يستوفي من نصيبه في الشهر الثاني ويجعل كل واحد منهما وكيلا عن صاحبه في اجارة نصيب صاحبه فاذا
استوفي قدر القرض كان الباقي مشتركا بينهما واما التهايي في استغلال عبدين او بغلين فالمذكور هنا
قول ابي حنيفة وعندهما يجوز لان المعادلة تمكن بينهما لاتحاد وقتهما وكذا يجوز قسمة رقبتهما عندهما
فكذا منافعهما فصار كالدارين بخلاف التهايي في غلة عبد واحد حيث لا يجوز لانه لا يتاتى الا في
زمانين فيتوهم تغيره بل هو الظاهر في الاستغلال لان العادة جرت بالاستقصا فيه فيتغير من التعب
بخلاف التهايي في خدمة عبد واحد حيث يجوز بالاجماع لما ذكرنا لان الخدمة يجري فيها التسامح عادة
فلا يلحقه تعب كما يلحقه في الاستغلال فلا يتغير ولابي حنيفة ان التهايي في الخدمة جوز للضرورة
لعدم امكان قسمتها ولا ضرورة في الغلة لانه يمكن قسمتها لان الغلة عين مال ولانه يتغير
بالاستغلال كما ذكرنا في العبد الواحد فيحصل التفاوت بخلاف الدارين لان الظاهر عدم التغير في
العقار ولان التهايي في الاستغلال يمتنع عند اختلاف الزمان بان وقع متعاقبا في عبد واحد فلان
يمتنع عند اختلاف المحل اولى وجملة الامر ان مسائل التهايي اثنا عشر مسئلة ففي استخدام عبد
واحد جايز بالاتفاق وكذا في استخدام العبدين في الاصح وكذا التهايي في استغلال عبد [illegible]
لا يجوز بالاتفاق وفي العبدين على الخلاف والتهايي في سكنى دار واحدة يجوز بالاتفاق وكذا في غلتها
وكذا في سكنى دارين وفي غلتهما خلاف والاظهر انه يجوز بالاتفاق وركوب بغل او بغلين على الخلاف
ولا يجوز في استغلال بغل واحد بالاتفاق وفي بغلين على الخلاف واما التهايي في ثمرة شجرة او لبن
غنم فلانها اعيان باقية ترد عليها القسمة عند حصولها فلا حاجة الى التهايي لان التهايي في المنافع
ضرورة لانها لا تبقى فتعذر قسمتها بخلاف لبن بني ادم حيث يجوز المهاياة فيه حتى لو كانت جاريتين

مشتركتين بين اثنين فتهايا ان ترضع احديهما ولد الاخرى وولد الاخرى جاز لان لبن الادمي لا
قيمة له فجرى مجرى المنافع والحيلة في الثمار ونحوها ان يشتري نصيب شريكه ثم يبيع كلها بعد مضي
نوبته او ينتفع بالثمن المقدر بطريق القرض في نصيب صاحبه اذ قرض المشاع جايز والله اعلم

كتاب المزارعة

وهي مفاعلة من الزرع في اللغة وفي الشرع وهي عقد على الزرع ببعض
الخارج وهذا في الشريعة وتصح بشرط صلاحية الارض للزراعة واهلية العاقدين وبيان المدة
ورب البذر وجنسه وحظ الاخر والتخلية بين الارض والعامل والشركة في الخارج وان يكون
الارض والبذر لواحد والعمل والبقر لاخر او تكون الارض لواحد والباقي لاخر او يكون العمل من واحد والباقي
لاخر وهذا على قول ابي يوسف ومحمد وقال ابو حنيفة لا تجوز المزارعة لهما ما روي انه عليه السلام عامل اهل
خيبر على نصف ما يخرج من ثمر او زرع ولانها عقد شركة بمال من احد الشريكين وعمل من الاخر فتجوز اعتبارا
بالمضاربة والجامع دفع الحاجة فان صاحب المال قد لا يهتدي الى العمل والمهتدي اليه قد لا يجد المال فمست
الحاجة الى انعقاد هذا العقد بينهما بخلاف دفع الغنم والدجاج ودود القز معاملة بنصف الزوايد
لانه لا اثر للعمل فيها في حصول الزيادة فلم تتحقق الشركة مع انه ليس فيها عرف ظاهر وفي المزارعة عمل
الصحابة والتابعون والصالحون من بعدهم الى يومنا هذا بلا نكير ولابي حنيفة رحمه الله ما روي انه عليه السلام
نهى عن المخابرة فقيل ما المخابرة قال المزارعة بالثلث والربع ولانه استيجار ببعض ما يخرج من عمله فيكون
في معنى قفيز الطحان ولان الاجر مجهول او معدوم وكل ذلك مفسد ومعاملة النبي صلى الله عليه وسلم اهل خيبر
كان خراج مقاسمة بطريق المن عليهم والصلح وهو جايز لان الخراج نوعان خراج وظيفة وهو ان يوظف
الامام عليهم كل سنة ويضع عليهم ما تطيق اراضيهم والثاني خراج مقاسمة وهو ان يشترط عليهم
بعض ما يخرج كالنصف والثلث ونحو ذلك جزءا شايعا والدليل على ذلك انه عليه السلام لم يبين لهم المدة
ولو كانت مزارعة لبينها لهم لان المزارعة لا تجوز عند من يجيزها الا ببيان المدة على ما نبين
والدليل عليه ايضا ما روي عن ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم لما ظهر على خيبر سالته اليهود ان يقرهم
بها على ان يكفوه عملها ولهم نصف الثمرة فقال لهم نقركم بها على ذلك على ما شينا رواه البخاري ومسلم
واحمد وهذا صريح بانها كانت خراج مقاسمة وانهم كانوا ذمة للمسلمين والذمي اذا اقر على ارضه
تبقى على ملكه وما يوخذ من ارضه خراج ولفظ البخاري اعطى خيبر اليهود ان يعملوها ويزرعوها
ولهم شطر ما يخرج منها ولا اعتبار بالمضاربة لانه لا يجوز لان معنى الشركة فيها اغلب حتى صحت بدون
ضرب المدة ولا تنعقد لازمة اصلا فيكون الربح متولدا من العمل والمال جميعا وعقد الشركة قد يعقد على
عمل خاصة كما في شركة الاعمال فما ظنك اذا انضم اليه المال ولا كذلك المزارعة لانها اجارة حتى يشترط
فيها ضرب المدة وتنعقد لازمة وانما كان لصاحب البذر ان يفسخ العقد بعذر والاجارة تنفسخ بالاعذار
[illegible] انه ليس له ان يفسخ بعد ما بذر في الارض فامتنع [illegible] عليها والحيلة لجوازها عنده
ان [illegible] يستاجر العامل باجر معلوم الى مدة معلومة فاذا مضت المدة يعطيه بعض الخارج عما وجب له
من [illegible] في ذمة صاحب البذر ويجوز ذلك بتراضيهما كما في ساير الديون اذا اعطاه خلاف جنسه
ثم اذا فسدت المزارعة عنده يجب على صاحب البذر اجر المثل للعامل او الارض والغلة له لانها نماء ملكه
وقالوا الفتوى اليوم على قولهما لحاجة الناس اليها ولتعاملهم والقياس قد يترك بالتعامل والضرورة
كما في الاستصناع ثم شرط في المختصر لجوازها عند من يجيزها ان تكون صالحة للزراعة لان المقصود
لا يحصل بدونه وان يكون رب الارض والمزارع من اهل العقد لان العقد لا يصح الا من الاهل وان تبين
المدة لانه عقد على منافع الارض او العامل وهي تعرف بالمدة ويشترط ان تكون المدة قدر ما يتمكن فيها

الحيلة في صحة عقد المزارعة عند الاعظم

من الزرع او اكثر وان لا تكون قدر ما لا يعيش اليه مثلهما او مثل احدهما غالبا وعند محمد بن سلمة
لا يشترط بيان المدة ويقع على سنة واحدة وان يبين من عليه البذر لان المعقود عليه هو منافع
العامل او منافع الارض لا تعرف الا ببيان من عليه البذر لانه المستاجر فببيانه يعرف ما وقع عليه
عقد الاجارة من منافع الارض او منافع العامل وان يبين جنس البذر لان الاجرة منه فلا بد من بيان
جنس الاجرة وان يبين نصيب من لا بذر من جهته وهو المراد بقوله الاخر لانه اجرة عمله او ارضه
فلا بد ان يكون معلوما وان يخلي بين الارض والعامل لانه بذلك يتمكن من العمل فصار نظير المضاربة
لا تصح حتى يسلم المال اليه حتى اذا شرط في العقد ما يفوت به التخلية وهو عمل رب الارض مع العامل لا تصح
وان يكون الخارج مشتركا بينهما لانه هو المقصود بها فتنعقد اجارة في الابتداء وتتم شركة في الانتهاء
ولهذا لو شرط لاحدهما قفزانا مسماة تفسد لانه يودي الى قطع الشركة في البعض المسمى او في الكل اذا
لم تخرج الارض اكثر من ذلك وكذا اذا شرط ان يرفع قدر بذره لما ذكرنا بخلاف ما اذا شرط ان يرفع
عشر الخارج او ثلثه والباقي بينهما لانه لا يودي الى قطع الشركة وهو يصلح ان يكون حيلة للوصول
الى رفع البذر وان تكون الارض والبذر لواحد والعمل والبقر لاخر او تكون الارض لواحد والباقي لاخر
وهذه الجمل من جملة شروطها وانما كان كذلك لانا جوزناها على انها اجارة ففي الصورة الاولى
يكون صاحب البذر والارض مستاجرا العامل وبقره تبع له لاتحاد منفعتهما لان البقر آلة له فصار
كمن استاجر خياطا ليخيط له بابرته او صباغا ليصبغ له ثوبا بالصبغ من عنده والاجر يقابل عمله دون
الالة فيجوز والاصل فيها ان صاحب البذر هو المستاجر فتخرج المسائل على هذا كما رايت وفي الصورة
الثانية يكون صاحب البذر مستاجرا الارض باجر معلوم من الخارج فيجوز كما اذا استاجرها بدراهم
في الذمة وهي الصورة الثالثة يكون صاحب البذر مستاجرا العامل وحده بلا بقر باجرة معلومة من
الخارج فيجوز كما اذا استاجر خياطا ليخيط له قميصا بابرة من عند صاحب الثوب او طيانا ليطين له
بتر من المستاجر قال رح فان كانت الارض والبقر لواحد والعمل والبذر لاخر او كان البذر لاحدهما
والباقي لاخر او كان البذر والبقر لواحد والباقي لاخر او شرط لاحدهما قفزانا مسماة او ما على الماذيانات
والسواقي او ان يرفع رب البذر بذره او ان يرفع الخراج والباقي بينهما فسدت فيكون الخارج لرب البذر
وللاخر اجر مثل عمله او ارضه ولم يزد على ما شرط ش والشيخ لما بين شروط جواز المزارعة بين ايضا
الشروط المفسدة لها وبين ان الخارج في الفاسدة منها لصاحب البذر لانه نماء ملكه وان للاخر اجر
ولا يزاد على المسمى لان صاحب البذر هو المستاجر والاخر هو الاجير على ما بينا والواجب في الاجارة الفاسدة
اجر المثل لا يزاد على المسمى على ما عرف وعند محمد بالغة ما بلغت وقيل الخارج لصاحب الارض
ويصير مستقرضا البذر قابضا له باتصاله بارضه والاول اصح ثم قيل ان كان البذر لصاحب الارض
طاب له الفضل وان لم يكن له لا يطيب له فيتصدق بما زاد على البذر واجر الارض وهذه الجملة التي
عدها مفسدة للاجارة اما الاول وهو ما اذا كانت الارض والبقر لواحد والعمل والبذر لاخر فلان
صاحب البذر استاجر الارض واشتراط البقر على صاحب الارض مفسد للاجارة لان البقر لا يمكن
ان يجعل تبعا للارض لان منفعة البقر ليست من جنس منفعة الارض لان منفعتها الانبات ومنفعة
البقر الشق وبينهما اختلاف وشرط التبعية الاتحاد فصار شرطا مفسدا بخلاف ما اذا كانت
البقر مع العامل حيث يجوز لان البقر امكن جعله تبعا للاتحاد منفعتهما لان منفعة البقر صلاحية
يقام بها العمل كابرة الخياط وعن ابي يوسف انه يجوز للتعامل والقياس يترك به والظاهر الاول
واما الثاني وهو ما اذا كان البذر لواحد والباقي لاخر وهو العمل والبقر والارض فلان العامل اجير

فلا يمكن ان يجعل الارض تبعا له لاختلاف منفعتهما فصار نظير البقر والارض من واحد والباقي من
الاخر وهي المسئلة الاولى وعن ابي يوسف انه يجوز للتعامل واما الثالث وهو ما اذا كان البذر والبقر
لواحد والباقي لاخر وهو العمل والارض فلما ذكرنا ان الارض لا يمكن جعلها تبعا للعامل لاختلاف المنافع
ففسدت المزارعة وهنا وجه اخر لم يذكره في الكتاب وهو ان يكون البقر من واحد والباقي من اخر قالوا
هو فاسد وينبغي ان يجوز بالقياس على العامل وحده او على الارض وحدها فانه يجوز ان يستاجر
البقر كما يجوز ان يستاجر العامل او الارض والجواب عنه ان القياس ان لا تجوز المزارعة لما فيها من الاستيجار
ببعض الخارج وهو لا يجوز وانما تركناه ذلك بالاثر والاثر ورد في استيجار العامل او الارض فبقي ما وراءه
على الاصل اذ استيجار شيء باجرة غير مشار اليها ولا في الذمة لا يجوز وقد ورد ذلك في استيجار الارض
او العامل في المزارعة فيقتصر عليه واما اذا شرط لاحدهما قفزانا مسماة او ما على الماذيانات والسواقي
او ان يرفع رب البذر بذره او ان يرفع الخراج فلما بينا انه يودي الى قطع الشركة في البعض المسمى
او في الكل وشرط صحتها ان يكون الخارج كله مشتركا بينهما والمراد بالخراج هنا الموظف بان كان الموضوع
على الارض دراهم مسماة او قفزانا مسماة او منهما واما اذا كان الخراج خراج مقاسمة بان كان الموضوع عليها
نصف الخارج او ثلثه او نحو ذلك من الجزء الشائع فلا يفسد اشتراط رفعه لانه لا يودي الى قطع
الشركة وقد ذكرناه من قبل وهو الحيلة لرفع قدر بذره على ما بينا وكذا اذا شرط لاحدهما التبن
وللاخر الحب لانه يحتمل ان يصيبه افة فلا ينعقد الحب ولا يخرج الا التبن وكذا اذا شرطا التبن نصفين
والحب لاحدهما لانه يودي الى قطع الشركة فيما هو المقصود وهو الحب ولو شرطا الحب نصفين ولم
يتعرضا لذكر التبن صحت لاشتراطهما فيما هو المقصود ثم التبن يكون لصاحب البذر لانه نماء ملكه
وفي حقه لا يحتاج الى الشرط كنصيب رب المال في المضاربة وقال مشايخ بلخ التبن ايضا بينهما اعتبارا
للعرف فيما لم ينص عليه المتعاقدان ولانه تبع للحب فيعطى له حكمه ولو شرطا الحب نصفين والتبن لرب
البذر صحت لانه شرط لا يخالف موجب العقد لانه باق على حكم ملكه ولو شرطا التبن للعامل فسدت
لانه شرط مخالف لمقتضى العقد فربما يودي الى قطع الشركة بان تصيبه افة ولا ينعقد الحب ولا يخرج
الا التبن قال رح وان صحت فالخارج على الشرط لصحة الالتزام قال رح وان لم يخرج شيء فلا شيء
للعامل ش لانها اما اجارة او شركة فان كانت اجارة فالواجب في العقد الصحيح منها المسمى وهو معدوم
ولا يستحق غيره وان كانت شركة فالشركة في الخارج دون غيره فلا يستحق غيره بخلاف ما اذا فسدت المزارعة
ولم تخرج الارض شيئا حيث يستحق اجر المثل في الذمة وعدم الخروج لا يمنع وجوبه في الذمة قال رح
ومن ابى عن المضي اجبر الا رب البذر ش لانها انعقدت اجارة والاجارة عقد لازم غير انها تفسخ بالعذر
وان امتنع صاحب البذر عن المضي فيها كان معذورا لانه لا يمكنه المضي الا باتلاف ماله وهو القاء
البذر على الارض ولا يدري هل يخرج ام لا فصار نظير ما لو استاجر ليهدم داره ثم امتنع وان
امتنع العامل اجبر على العمل لانه لا يلحقه ضرر فلا تفسخ من غير عذر ثم اذا امتنع رب البذر والارض
من [illegible] بعدما كرب المزارع الارض فلا شيء له في عمل الكراب في القضاء لان عمله انما يتقوم بالعقد
وهو انما يتقوم بالخارج فلا خارج ويلزمه فيما بينه وبين الله تعالى اجر مثل عمله كيلا يكون مغرورا
من جهته لانه [illegible] به وهو مدفوع فيفتى بارضائه بان يوفيه اجر مثله قال رح وتبطل بموت
احدهما ش لانها اجارة وهي تبطل بموت احد المتعاقدين اذا عقدها لانفسهما وقد بيناه في الاجارة
وهذا على اطلاقه جواب القياس وفي الاستحسان اذا مات احدهما وقد نبت الزرع يبقى عقد الاجارة
حتى يستحصد ذلك الزرع ثم تبطل في الباقي لان في ابقاء العقد حتى يستحصد مراعاة الحقين فيعمل العامل

اوورثته على حاله فاذا احصد يقسم على ما شرطا والضرورة فى الباقى فتبطل ولو مات رب الارض قبل الزراعة
بعد ما كرب الارض وحفر الانهار انتقضت المزارعة لانه ليس فى ذلك اتلاف مال على المزارع ولا شىء
للعامل بمقابلة العمل لانه يقوم بالخارج ولا خارج فلا يجب شىء بخلاف المسئلة الاولى حيث يفتى
بارضائه حيث كان مغرورا من جهته بالامتناع باختياره ولم يوجد ذلك هنا لان الموت يأتى
بدون اختياره واذا كان على رب الارض دين فادح ولم يقدر على قضائه الا ببيع الارض فسخت
المزارعة قبل الزراعة وبيعت بالدين لانها تفسخ بالاعذار على ما بينا وهذا عذر وليس للعامل
ان يطالبه بما كرب الارض وحفر الانهار بشىء لان المنافع لا تتقوم الا بالعقد وانما يتقوم بما وقع بالخارج
فاذا انعدم الخارج لم يجب شىء ولو نبت الزرع ولم يستحصد لم تبع الارض بالدين حتى يستحصد الزرع
لان فى البيع ابطال حق المزارع والتاخير اهون من الابطال ويخرجه القاضى من الحبس ان كان حبسه به
لانه لما امتنع بيع الارض لم يكن هو مماطلا فلم يكن ظالما والحبس جزاء الظلم بالمماطلة ولا كذلك
لو زرع الارض ولم ينبت بعد فى رواية لانه ليس لصاحب البذر فى الارض عين مال قايم لان
البذر استهلاك ولهذا لو امتنع صاحب البذر عن المزارعة كان عذرا لانه امتناع عن الاستهلاك
فصار المزروع مستهلكا والمستهلك ليس بمال فاذا لم يكن له عين فيها تباع فى الحال فى الدين كما
تباع قبل الزراعة فى الحال وقيل لا تباع حتى يستحصد كما لا تباع بعد النبات حتى يستحصد لان البذر
ليس باستهلاك وانما هو استنماء الا ترى ان الاب والوصى يملكان زراعة مال الصغير ولو كان
استهلاكا لما ملكاه فكان البذر فيها عين مال فلا تباع بعد النبات قال رحمه الله فان مضت المدة والزرع
لم يدرك فعلى المزارع اجر مثل ارضه حتى يدرك اى يجب على العامل اجر مثل نصيبه من الارض الى ان
يستحصد الزرع لان العقد قد انتهى بمضى المدة الا ان فى قلعه ضررا فابقيناه باجر المثل الى ان يستحصد
فيجب على غير صاحب الارض بحصته من الاجرة لانه استوفى منفعة الارض بقدره بخلاف ما اذا مات
احدهما قبل ادراك الزرع حيث يترك الى ان يستحصد ولا يجب على المزارع شىء لانا ابقينا عقد
الاجارة هناك استحسانا لبقاء مدة الاجارة فامكن استمرار العامل وورثته على ما كان من العمل
اما هنا فلا يمكن لانقضاء المدة فتعين ايجاب اجر المثل بالابقاء وكان العمل ونفقة الزرع ومؤنة
الحفظ وكرى الانهار عليهما لانها كانت على العامل لبقاء العقد لانه مستاجر فى المدة فاذا مضت
المدة انتهى العقد فيجب عليهما مؤنته على قدر ملكهما لانه مال مشترك بينهما بخلاف ما اذا مات
احدهما قبل الادراك حيث يكون الكل على العامل لبقاء العقد على ما بينا وان انفق احدهما على الزرع بغير
امر القاضى وبغير امر صاحبه فهو متطوع لانه لا ولاية له عليه ولا هو مضطر الى ذلك لانه يمكنه
ان ينفق بامر القاضى فصار نظير ترميم الدار المشتركة ولو اراد رب الارض ان ياخذ الزرع بقلا ليس له
ذلك لما فيه من الاضرار بالاخر ولو اراد المزارع ان ياخذه بقلا قيل لصاحب الارض اقلع الزرع ان شئت
فيكون بينكما او اعط قيمة نصيبه او انفق انت على الزرع فارجع عليه بما انفقت عليه دفعا
عنه ولو مات المزارع قبل ادراك الزرع فلورثته ان يعملوا مكانه نظرا لهم ولا اجر لهم
العقد نظرا لهم فقاموا مقامه وهو لا يستحق الاجر فى المدة فكذا هم وان ارادوا قلعه لم يجبروا
على العمل لانا ابقينا العقد نظرا لهم واذا تركوا النظر لانفسهم كان لهم ذلك فكان للاخر الخيارات
الثلاثة نظرا له على ما بينا قال رحمه الله ونفقة الزرع عليهما بقدر حقوقهما كاجرة الحصاد والرفاع والدياسة
والتذرية اى يجب عليهما نفقة الزرع على قدر ملكهما بعد انقضاء مدة المزارعة كما يجب عليهما
اجرة الحصاد والرفاع والدياسة مطلقا من غير تقييد بانقضاء مدة المزارعة اما نفقة الزرع بعد

ثم قيل لابد الفسخ من القضا والرضا على رواية الزيادات وقيل لا يحتاج الى ذلك على رواية كتاب المزارعة كذا فى شرح الاقطع مسكين

اى لا تباع

اى بغير امر القاضى فهو متطوع

انقضاء المدة فلما ذكرنا واما وجوب الحصاد والرفاع والدياسة والتذرية عليهما مطلقا فلان عقد
المزارعة يوجب على العامل عملا يحتاج اليه الى انتهاء الزرع ليزداد الزرع بذلك فيتناهى وجوب العمل عليه
بتناهى الزرع لحصول المقصود فيبقى بعد ذلك مالا مشتركا بينهما فيجب مؤنته عليهما قال رحمه الله
فان شرطاه على العامل فسدت اى شرطا العمل الذى يكون بعد انتهاء الزرع كالحصاد والرفاع والتذرية
والدياس لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحدهما فيفسد وانما قلنا ذلك لان العقد يقتضى
عمل المزارعة وهذه الاشياء ليست من اعمال المزارعة فكانت اجنبية فيكون شرطها مفسدا كشرط الحمل
والطحن على العامل وعن ابى يوسف ان المزارعة مع شرط الحصاد والدياس والتذرية جائزة ومشايخ
بلخ كانوا يفتون بهذه الرواية ويزيدون على هذا ويقولون يجوز شرط السقية والحمل الى المنزل
على العامل لان المزارعة على هذا الشرط متعامل بين الناس ويجوز ترك القياس بالتعامل الا ترى
ان الاستصناع يجوز للتعامل واختار شمس الائمة السرخسى رواية ابى يوسف وقال هو الاصح فى ديارنا
ولو شرطا الجداد على العامل او الحصاد على غير العامل لا يجوز بالاجماع لعدم التعامل ولو ارادا فصل
القصيل او جد التمر بسرا او التقاط الرطب كان ذلك كله عليهما لانهما انهيا العقد لما عزما على الفصيل والجداد
بسرا فصار كالحصاد بعد الادراك

كتاب المساقاة

وهى مفاعلة من السقى لغة قال رحمه الله
هى معاقدة دفع الاشجار الى من يعمل فيها على ان الثمر بينهما يعنى فى العرف قال رحمه الله وهى كالمزارعة
حتى لا تجوز عند ابى حنيفة رحمه الله كالمزارعة وعندهما تجوز وشروطها عندهما شروط المزارعة فى جميع ما
ذكرنا الا فى اربعة اشياء احدها اذا امتنع احدهما يجبر عليه لانه لا ضرر عليه فى المضى بخلاف المزارعة حيث
لا يجبر صاحب البذر اذا امتنع والثانى اذا انقضت المدة يترك بلا اجر ويعمل بلا اجر على ما نبين وفى المزارعة
باجر على ما بينا والثالث اذا استحق النخيل يرجع العامل باجر مثله والمزارع بقيمة الزرع والرابع فى
بيان المدة فانه اذا لم يبين فيها المدة تجوز استحسانا لان وقت ادراك الثمر معلوم وقلما يتفاوت
فيه فيدخل فيه ما هو المتيقن به وادراك البزر فى اصول الرطبة فى هذا بمنزلة ادراك الثمار لان له
نهاية معلومة فلا يشترط فيه بيان المدة بخلاف الزرع لان ابتداءه يختلف والانتهاء مبنى عليه
فيدخله الجهالة الفاحشة وبخلاف ما اذا دفع اليه غرسا قد نبت ولم يثمر بعد معاملة حيث لا يجوز
الا ببيان المدة لانه يتفاوت بقوة الارض وضعفها تفاوتا فاحشا فلا يمكن صرفها الى اول ثمر يخرج منه
بخلاف ما اذا دفع نخيلا او اصول رطبة على ان يقوم عليها حتى تذهب اصولها او نبتها لانه لا يعرف
متى تنقطع النخيل او الرطبات لان الرطبة تنمو ما دامت متركبة فى الارض فتكون المدة مجهولة
فتفسد المساقاة وكذا اذا اطلق فى الرطبة ولم يزد على قوله حتى تذهب بخلاف ما اذا اطلق فى النخل
حيث ينصرف الى اول ثمرة تخرج منه والفرق ان ثمرة النخل لادراكها وقت معلوم ينصرف اليه ولا
كذلك فى الرطبة اول جزة منه لانه لا يعرف متى يجز حتى لو كان معروفا جاز لعدم الجهالة فصار كجزه
النخل ولو اطلق فى النخيل ولم يثمر فى تلك السنة انقضت المعاملة فيها لانها بعد تبينها فان
سميا مدة يعلم ان الثمر لا يخرج فى تلك المدة فسدت المعاملة لفوات المقصود وهو الشركة فى الثمار
وان ذكرا مدة محتملة لطلوع الثمر فيها جازت المزارعة لعدم التيقن بفوات المقصود ثم ان خرج فى
الوقت المسمى فهو على الشركة لصحة العقد وان تاخر فللعامل اجر المثل لفساد العقد لانه تبين الخطاء
فى المدة المسماة فصار كما لو علم ذلك من الابتداء بخلاف ما اذا لم يخرج اصلا لان الذهاب بآفة سماوية
فلا يتبين ان العقد كان فاسدا فبقى العقد صحيحا ولا شىء لكل واحد منهما على صاحبه قال رحمه الله
وتصح فى الكرم والشجر والرطاب واصول الباذنجان وقال الشافعى فى الجديد لا تجوز الا فى النخل والكرم

ولا تجوز المزارعة الا تبعا للمساقاة لان القياس يأباهما كما قال ابو حنيفة رح في المزارعة وانما جوزناها
بالاثر وهو حديث خيبر وقد خصهما وان الاصل في الزرع وهو المضاربة والمساقاة اشبه بها من المزارعة
فان فيها الشركة في الزيادة دون الاصل وهو النخيل كما في المضاربة والشركة وفي المزارعة لا يتاتى
ذلك لان شرط رفع البذر مفسد اجماعا فجوزنا المعاملة مقصودا ولم نجوز المزارعة الا تبعا في ضمن
المعاملة وكم من شيء يصح تبعا لا مقصودا كبيع الشرب تبعا لبيع الارض ولنا ما روي عن ابن عمر
ان النبي صلى الله عليه وسلم عامل اهل خيبر بشطر ما يخرج من ثمر او زرع رواه البخاري ومسلم وجماعة
اخر وهذا مطلق فلا يجوز تقييده ببعض الاشجار دون بعض ولا تكون المزارعة تبعا للمعاملة
بالراي وقد ورد فيه احاديث كثيرة كلها مطلقة فوجب اجراؤها على اطلاقها ويحكى نصا ان اهل خيبر
كانوا يعملون في الاشجار والرطاب ولان الاصل في النصوص ان تكون معلولة فجاز تعديتها الى ما لا نص
فيه لا سيما عند الخصم فانه لا يحتاج الى اقامة الدليل على انه معلول قال رحمه الله فان دفع نخلا فيه ثمرة مساقاة
والثمرة تزيد بالعمل صحت وان انتهت لا كالمزارعة لان العامل لا يستحق الا بالعمل ولا اثر للعمل بعد التناهي
فلو جاز بعد الادراك لاستحق بلا عمل ولم يرد به الشرع ولا يجوز الحاقه بما قبل التناهي لان جوازه
قبل التناهي للحاجة على خلاف القياس ولا حاجة الى مثله فيبقى على الاصل وكذا على هذا اذا دفع الزرع
وهو بقل جاز وان استحصد وادرك لم يجز لما ذكرنا وهو المراد بقوله كالمزارعة قال رحمه الله واذا فسدت
فللعامل اجر مثله لانها في معنى الاجارة كالمزارعة اذا فسدت قال رحمه الله وتبطل بالموت لانها في معنى
الاجارة كالمزارعة وقد بيناه فيها فان مات رب الارض والخارج بسر فللعامل ان يقوم عليه كما كان
يقوم قبل ذلك الى ان يدرك الثمر وليس لورثته ان يمنعوه من ذلك استحسانا كما في المزارعة لان
في منعه الحاق الضرر به فيبقى العقد دفعا للضرر عنه ولا ضرر على الورثة ولو التزم العامل الضرر
يتخير ورثة الاخر بين ان يقتسموا البسر على الشرط وبين ان يعطوه قيمة نصيبه من البسر وبين ان ينفقوا
على البسر حتى يبلغ فيرجعون عليه بذلك في حصة العامل من الثمر لانه ليس له الحاق الضرر بهم كما في
المزارعة هكذا ذكره صاحب الهداية وغيره وفي رجوعهم في حصته فقط اشكال وكان ينبغي ان يرجعوا
عليه بجميعه لان العامل انما يستحق بالعمل وكان العمل كله عليه ولهذا اذا اختار المضي او لم يمت صاحبه
كان العمل كله عليه فلو رجعوا عليه بحصته فقط يؤدي الى ان العمل يجب عليهما حتى يستحق المؤنة
بحصته فقط وهذا خلف لانه يؤدي الى استحقاق العامل بلا عمل في بعض المدة وكذا هذا
الاشكال وارد في المزارعة ايضا ولو مات العامل فلورثته ان يقوموا عليه وليس لرب الارض ان يمنعهم
من ذلك لان فيه النظر من الجانبين فان ارادوا ان يصرموه بسرا كان صاحب الارض بين الخيارات
التي ذكرناها والاشكال الوارد في الرجوع بحصته وارد هنا ايضا وان ماتا جميعا فالخيار لورثة
العامل لقيامهم مقامه وهذا خلافة في حق مالي وهو ترك الثمار على الاشجار الى وقت الادراك
لا ان تكون وراثة عنه في الخيار فيورث بخلاف خيار الشرط فان ابى ورثة العامل ان يقوموا عليه
كان الخيار في ذلك لورثة رب الارض على ما وصفنا واذا انقضت مدة المعاملة والخارج بسر
اخضر فهو كالمزارعة اذا انقضت مدتها فللعامل ان يقوم عليها الى ان تنتهي الثمار كما في ذلك
المزارع لكن هنا لا يجب على العامل اجر حصته الى ان يدرك لان الشجر لا يجوز استيجاره بخلاف المزارعة
حيث يجب على المزارع اجر مثل الارض الى ان يدرك الزرع لان الارض يجوز استيجارها وكذلك
العمل كله على العامل هنا وفي المزارعة عليهما لانه لما وجب اجر مثل الارض بعد انتهاء المدة في
المزارعة لا يستحق عليه كما يستحق قبل انتهائها قال رحمه الله وتفسخ بالعذر كالمزارعة بان يكون العامل

سارقا او مريضا لا يقدر على العمل لانها في معنى الاجارة وقد بينا انها تفسخ بالاعذار وكونه سارقا
عذر ظاهر لانه يسرق الثمر والسعف فيلحقه ضرر وهو مدفوع شرعا وكذا مرض العامل اذا كان يضعفه
عن العمل لانه يلحقه ضرر بالزامه استيجار الاجراء ولو اراد العامل ترك العمل لا يمكن منه في الصحيح
وقيل يمكن وقالوا لا يمكن بالاتفاق وتاويل قول من قال انه يمكن ان لو شرط العمل عليه فيكون عذرا
من جهة العامل ومن دفع ارضا بيضاء الى رجل سنين معلومة يغرس فيها شجرا او كرما او نخلا على ان
تكون الارض والشجر بين رب الارض والغارس نصفين لم يجز لاشتراط الشركة فيما كان موجودا قبل الشركة
لا بعمله وهي الارض او لانه استاجر اجيرا ليجعل ارضه بستانا بآلات الاجير على ان تكون اجرته نصف البستان
الذي يظهر بعمله وآلاته فيكون في معنى قفيز الطحان فيفسد كما اذا استاجر صباغا ليصبغ له ثوبا بصبغ
نفسه على ان له نصف المصبوغ او لان صاحب الارض يكون مشتريا النصف الغراس من العامل بنصف الارض
والغراس مجهول ومعدوم وقد شرط عليه العمل في نصيبه في المدة ايضا وكل ذلك يوجب الفساد ثم جميع
الثمر والغرس لرب الارض وللعامل قيمة غرسه واجر مثل عمله لان العقد في الشجر لما كان فاسدا وقد غرسه
العامل بامره في ارضه كان صاحب الارض فعل ذلك بنفسه فيصير قابضا للغرس باتصاله بارضه
مستهلكا له بالعلوق فيها فيجب عليه قيمة اشجاره واجر مثل عمله لانه ابتغى لعمله اجرا وهو نصف الارض
او نصف الخارج ولم يحصل له فيجب عليه اجر مثله والله اعلم

كتاب الذبائح

هي جمع ذبيحة وهي اسم لما يذبح اي الذبائح جمع ذبيحة والذبيحة اسم للشيء المذبوح قال رحمه الله والذبح
قطع الاوداج لقوله عليه السلام افر الاوداج بما شئت والمراد الحلقوم والمري والودجان وانما عبر عنها بالاوداج
تغليبا وبه يحل المذبوح وهو شرط لقوله تعالى الا ما ذكيتم ولان المحرم هو الدم المسفوح وبالذبح ليتم
التمييز بينه وبين اللحم فيطهر به وان كان غير ماكول ولفظة الزكاة تنبئ عن الطهارة ومنه قوله عليه السلام
ذكاة الارض يبسها اي طهارتها واصل تركيب التذكية يدل على التمام ومنه ذكاء السن بالمد لنهاية الشباب
وذكا النار بالقصر لتمام اشتعالها وهي اختيارية واضطرارية فالاولى الجرح ما بين اللبة واللحيين
والثانية الجرح في اي موضع كان من البدن وهذا كالبدل عن الاول لانه لا يصار اليه الا عند العجز عنه ويكتفى
بالثاني للضرورة لان التكليف بحسب الوسع ومن شرطه ان يكون الذابح صاحب ملة سماوية ثابتة حقيقة
او دعوى كالمسلم والكتابي ويشترط في حق الصيد ان يكون حلالا وان يكون في غير الحرم على ما بينه ان شاء الله تعالى
قال رحمه الله وحل ذبيحة مسلم وكتابي لما تلونا فانه عام فيدخل فيه المسلم والكافر الا ما خرج منه بدليل وهو
المشرك والمحرم في حق الصيد والمرتد ولقوله تعالى وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم والمراد به مذكاهم
لان مطلق الطعام غير المذكى يحل من اي كافر كان ولا يشترط فيه ان يكون من اهل الكتاب ولا فرق في الكتابي
بين ان يكون ذميا او حربيا ويشترط ان لا يذكر فيه غير الله تعالى حتى لو ذكر المسيح او عزيرا لا يحل لقوله تعالى
وما اهل به لغير الله وهو كالمسلم في ذلك فانه لو اهل به لغير الله لا يحل قال رحمه الله وصبي وامراة واخرس
واقلف والمراد بالصبي هو الذي يعقل التسمية ويضبط وان لم يعقل ولم يضبط لا تحل ذبيحته لان
التسمية على الذبيحة شرط بالنص وذلك بالقصد وصحة القصد بالمعرفة والضبط وهو ان يعلم شرائط الذبح
من فري الاوداج والتسمية والمعتوه كالصبي اذا كان ضابطا وهو الشرط والقلفة والانوثة لا تخل بالحل
فيحل والاخرس عاجز عن الذكر فيكون معذورا وتقوم الملة مقامه كالناسي قال رحمه الله لا ذبيحة
مجوسي ووثني ومرتد ومحرم وتارك اسم الله عمدا اي لا تحل ذبيحة هؤلاء اما المجوسي فلقوله عليه السلام
سنوا بهم سنة اهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم ولانه ليس له دين سماوي فانعدم التوحيد
اعتقادا ودعوى والوثني كالمجوسي [illegible] واما المرتد فلانه لا ملة له لانه لا يقر على ما انتقل اليه

اليهودي اذا تنصر

ولهذا لا يجوز نكاحه بخلاف اليهودي اذا تنصر او بالعكس او تنصر المجوسي او تهود لانه لا يقر على ما
انتقل اليه عندنا فيعتبر ما هو عليه عند الذبح لا ما قبله حتى لو تمجس اليهودي لا تحل ذكاته لما ذكرنا
والتسوية بين الكتابي والمشرك يعتبر الكتابي لان الشرك شر فيعتبر بالاخف واما المحرم فالمراد به في حق
الصيد لان ذبيحته في حق غير الصيد تؤكل لان فعله فيه مشروع بخلاف الصيد لان فعله فيه غير مشروع
فلا يحل اكله وكذا الحلال في حق الصيد في الحرم لانه منهي عنه فلا يكون مشروعا وكذا الكتابي لو ذبح صيدا
في الحرم لا يحل واما تارك اسم الله عمدا فلقوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه وانه لفسق ولقوله
عليه السلام لعدي اذا ارسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله فكل الحديث وقال الشافعي اذا ترك الذابح التسمية
عمدا تؤكل ذبيحته والمسلم والكتابي فيه سواء وكذا اذا ترك التسمية عند الرمي وارسال الجارح تؤكل
عنده لقوله عليه السلام المسلم يذبح على اسم الله تعالى سمى او لم يسم ولحديث عائشة رضي الله عنها انها قالت
للنبي صلى الله عليه وسلم ان الاعراب يأتوننا باللحم فلا ندري اسموا عليها او لم يسموا فقال عليه السلام سموا انتم وكلوا
ولو كانت شرطا لما امرها بالاكل مع الشك ولان التسمية لو كانت شرطا لما سقطت بالنسيان كالطهارة في الصلاة
ولو كانت شرطا قامت الملة مقامها كما في الناسي ولنا ما تلونا وما روينا وعلى حرمة متروك التسمية انعقد
الاجماع فيمن كان قبل الشافعي وهذا القول منه عد خرقا له وانما كان الخلاف بينهم في متروك التسمية ناسيا
فمن مذهب ابن عمر رضي الله عنه انه يحرم ومن مذهب علي وابن عباس رضي الله عنهما انه يحل ولهذا قال ابو يوسف
والمشايخ ان متروك التسمية عمدا لا يسوغ فيه الاجتهاد حتى لو قضى القاضي بجواز بيعه لا ينفذ قضاؤه
لكونه مخالفا للاجماع وما رواه مخالف للدليل القطعي من الكتاب والسنة واجماع الامة فكان مردودا
او نقول الحديث الاول محمول على حالة النسيان والثاني دليل لنا لانها سألت عن الاكل عند وقوع الشك في
التسمية وذلك دليل على انهم لا يأكلونه الا اذا سمي عليه وهو شرطيته وانما امرها بالاكل بناء على الظاهر
انه لا يترك ظاهرا كمن اشترى شيئا جاز له الانتفاع به بناء على الظاهر انه ملكه قال وان تركها ناسيا
اي حل المذكى ان ترك التسمية ناسيا وقال مالك لا يحل لما بينا من الادلة اذ لا فصل فيها قلنا النسيان
مرفوع حكمه لقوله عليه السلام رفع عن امتي الخطاء والنسيان ولان في اعتباره حرجا بينا والحرج مدفوع بالنص
وانما قلنا ذلك لان الانسان كثير النسيان فيعذر في الاشياء التي لا مذكر لها من جهته كالاكل في الصوم
وترك الترتيب في قضاء الفوائت من الصلوات بخلاف الاكل وغيره في الصلوة والجماع في الحج حيث لا …
فيه بين الناسي والعامد لان حالته مذكرة والنص غير مجرى على اطلاقه اذ لو اريد به مطلقا لجرت المحاجة
بين السلف وظهر الانقياد وارتفع الخلاف بينهم واقامة الملة مقام التسمية في حق الناسي وهو معذور
لا يدل على الاقامة في حق العامد ولا عذر له والناسي ليس بمخصوص حتى يقاس عليه غيره …
لانه ذاكر ومسمى تقديرا لقيام الملة مقامها ولا يقال الاية مجملة لانه لا يدرى هل اريد بها حالة …
او الطبخ او حالة الاكل لانا نقول اجمع السلف على ان المراد بها حالة الذبح فتكون مفسرة فيتم الاحتجاج
الا ترى ان ذبيحة المجوسي لا تؤكل وذبيحة الكتابي تؤكل وليس بينهما فرق بعقل لان الكتابي يسمي عند الذبح
دون المجوسي ثم التسمية في ذكاة الاختيار يشترط ان تكون عند الذبح قاصدا التسمية على …
ولو سمى ولم تحضره النية صح لانه اتى بالتسمية وظاهر حاله يدل على انه قصد به …
… فينقطع عنها ولو سمى واراد به التسمية لابتداء الفعل كسائر الافعال … قال الله اكبر
واراد به متابعة المؤذن لا يصير شارعا في الصلاة وانما يشترط التسمية … الذبح لقوله تعالى فاذكروا
اسم الله عليها صواف وهي حالة النحر ويدل … فكلوا منها واطعموا القانع والمعتر … الذبح
عقيب التسمية قبل ان يتبدل المجلس حتى اذا سمى واشتغل بعمل اخر من كلام قليل او شرب ماء او اكل لقمة

او يحد شفرته ثم ذبح يحل وان كان كثيرا لا يحل لان ايقاع الذبح متصلا بالتسمية بحيث لا يتخلل
بينهما شيء لا يمكن الا بحرج عظيم فاقيم المجلس مقام الاتصال والعمل القليل لا يقطع المجلس والكثير يقطع
وسمى على الذبيحة وفي الصيد تشترط عند ارسال الجارح او الرمي وسمى على الالة لان التكليف بحسب الوسع
والذي في وسعه في الاولى الذبح وفي الثاني الرمي والارسال دون الاصابة فتشترط عند فعل يقدر
عليه حتى لو اضجع شاة وسمى ثم تركها وذبح غيرها بالسكين الذي كان معه ولم يسم عليها لا تحل
ولو رمى سهما الى صيد وسمى فاصاب صيدا اخر حل وكذا اذا ارسل كلبا الى صيد فترك الكلب ذلك الصيد
فاخذ غيره حل لتعلق التسمية بالالة ولو اضجع شاة وسمى وطرح السكين واخذ سكينا اخر فذبحها
به ولم يسم حلت لتعلقه بالمذبوح ولو سمى على سهم فتركه واخذ غيره فرمى به لم يؤكل لما ذكرنا
ولو سمى وذبح شاتين على التعاقب حلت الاولى دون الثانية ولو اضجع احداهما فوق الاخرى فذبحهما
دفعة واحدة بسكين واحدة وتسمية واحدة احل اكلهما قال وكره ان يذكر مع اسم الله
غيره وان يقول عند الذبح اللهم تقبل من فلان وان قال قبل التسمية والاضجاع جاز وهذا النوع على
ثلاثة اوجه احدها ان يذكره موصولا من غير عطف فيكره ولا تحرم الذبيحة مثل ان يقول بسم الله محمد
رسول الله بالرفع لان اسم الرسول غير مذكور على سبيل العطف فيكون مبتدأ لكن يكره لوجود الوصل
صورة ويحل وان قال بالخفض لا يحل ذكره في النوادر وقال بعضهم هذا اذا كان يعرف النحو والاوجه انه
لا يعتبر الاعراب بل يحرم مطلقا بالعطف لان كلام الناس اليوم لا يجري عليه ومن هذا النوع ان يقول اللهم
تقبل من فلان لان الشركة لم توجد ولم يكن الذبح واقعا عليه ولكن يكره لما ذكرنا والثاني ان يكون
موصولا على سبيل العطف والشركة نحو ان يقول بسم الله واسم فلان او بسم الله وفلان او بسم الله ومحمد
رسول الله بالجر فتحرم الذبيحة لانه اهل به لغير الله تعالى وقد قال تعالى وما اهل به لغير الله وقال عليه السلام
موطنان لا اذكر فيهما عند العطاس وعند الذبح ولو رفع المعطوف على اسم الله يحل لانه مبتدأ واختلفوا
في النصب وتكره فيها بالاتفاق لوجود الوصل صورة والثالث ان يقول مفصولا عنه صورة ومعنى
بان قال قبل ان يضجع الشاة او قبل التسمية او بعد الذبح اللهم تقبل هذا مني او من فلان وهذا لا يكره
لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال بعد الذبح اللهم تقبل هذا عن امة محمد ممن شهد لك بالوحدانية
ولي بالبلاغ وكان علي عليه السلام يقول اذا اراد ان يذبح اللهم هذا منك ولك ان صلاتي ونسكي ومحياي
ومماتي لله رب العالمين لا شريك له وبذلك امرت وانا اول المسلمين بسم الله والله اكبر ثم ذبح هكذا روي
عن علي كرم الله وجهه والشرط هو الذكر الخالص على ما قال ابن مسعود رضي الله عنه جردوا التسمية حتى لو
قال عند الذبح اللهم اغفر لي واكتفى به لا يحل لانه دعاء وسؤال ولو قال الحمد لله او سبحان الله يريد به
التسمية حل ولو عطس عند الذبح فقال الحمد لله لا يحل في الاصح لانه يريد الحمد على النعمة دون التسمية
بخلاف الخطبة حيث يجزيه ذلك عن الخطبة لان المذكور فيها ذكر الله مطلقا بقوله فاسعوا الى ذكر الله
وفي الذبيحة المأمور به هو الذكر على المذبوح بقوله تعالى فاذكروا اسم الله عليها صواف وما لم يذكر اسم الله
عليه … اكله لقوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه وما تداولته الالسن عند الذبح وهو قوله
بسم الله والله اكبر منقول عن النبي صلى الله عليه وسلم وعن علي وابن عباس مثله قال ابن عباس في تفسير قوله
تعالى فاذكروا اسم الله عليها صواف وذكر الحلواني المستحب ان يقول بسم الله الله اكبر … وبالواو يكره
لانه يقطع فور التسمية قال والذبح بين الحلق واللبة وفي الجامع الصغير لا بأس بالذبح في الحلق كله
وسطه واعلاه واسفله … والاصل فيه ما روي انه عليه السلام بعث مناديا ينادي في فجاج منى الا ان
الذكاة في الحلق واللبة الحديث رواه الدارقطني ولانه مجمع مجرى النفس ومجرى الطعام ومجمع العروق فيحصل

يقطعه المقصود على ابلغ الوجوه وهو انهار الدم والتقييد بالحلق واللبة يفيد انه لو ذبح اعلى من
الحلقوم او اسفل منه يحرم لانه ذبح في غير المذبح ذكره في الواقعات وفي فتاوى سمرقند وذكر في النهاية
ما يخالف هذا عن الامام الرستغفني فانه قال سئل عن من ذبح الشاة فبقيت عقدة الحلقوم مما يلي
الصدر وكان يجب ان يبقى مما يلي الراس ايؤكل ام لا قال هذا قول العوام من الناس وليس هذا بمعتبر
ويجوز اكلها سواء بقيت العقدة مما يلي الراس او مما يلي الصدر لان المعتبر عندنا قطع اكثر الاوداج
ثم حكى ان شيخه كان يفتي به وهذا مشكل فانه لم يوجد فيه قطع الحلقوم ولا المري واصحابنا رحمهم
الله وان شرطوا قطع الاكثر فلا بد من قطع احدهما عند الكل واذا لم يبق شيء من عقدة الحلقوم مما يلي
الراس لم يحصل قطع واحد منهما فلا يؤكل بالاجماع وفي الواقعات لو قطع الاعلى او الاسفل ثم علم فقطع
من اخرى الحلقوم قبل ان يموت بالاول ينظر فان كان قطع بتمامه او حل لان موته بالاول اسرع منه
بالقطع الثاني والاحل وذكر في فتاوى سمرقند قصاب ذبح شاة في ليلة مظلمة فقطع اعلى من الحلقوم
او اسفل منه يحرم اكلها قال رح والمذبح المري والحلقوم والودجان لما روي انه عليه السلم قال افر
الاوداج بما شئت وهي عروق الحلق في المذبح والمري مجرى الطعام والشراب والحلقوم مجرى النفس والمراد
بالاوداج كلها اطلق عليه تغليبا وانما قلنا ذلك لان المقصود يحصل بقطعهن وهو التوجية واخراج
الدم لانه بقطع المري والحلقوم يحصل التوجية وبقطع الودجين يحصل انهار الدم ولو قطع الاوداج
وهي العروق من غير قطع المري والحلقوم لا يموت فضلا عن التوجية ولا بد من قطعهما او قطع احدهما
ليحصل التوجية ولا بد من قطع الودجين او احدهما ليحصل انهار الدم قال رح وقطع الثلاث كاف ولو
بظفر وقرن وعظم وسن منزوع وليطة ومروة وما انهر الدم الا سنا وظفرا قائمين وهذا الاكتفاء
بالثلاث مطلقا قول ابي حنيفة وهو قول ابي يوسف اولا وعن ابي يوسف انه يشترط قطع الحلقوم والمري
واحد الودجين وعن محمد لا بد من قطع اكثر كل واحد من هذه الاربعة واجمعوا على انه يكتفي بقطع
الاكثر من هذه العروق الاربعة لان الاكثر يقوم مقام الكل غير ان محمدا اعتبر اكثر كل واحد من هذه الاربعة
وهو رواية عن ابي حنيفة لان كل واحد منها اصل بنفسه لانفصاله عن غيره ولورود الامر بفريه فيعتبر
اكثر كل واحد منها وابو يوسف يقول ان المقصود من قطع الودجين انهار الدم فينوب احدهما عن الاخر اذ كل
واحد منهما مجرى الدم فاما الحلقوم والمري فيخالفان الاوداج وكل واحد منهما يخالف الاخر فلا بد من قطعهما
وابو حنيفة رحمه الله يقول ان الاكثر يقوم مقام الكل واي ثلاث منها قطع فقد قطع الاكثر وما هو المقصود
يحصل به وهو انهار الدم المسفوح والتوجية في اخراج الروح لانه لا يحيى بعد قطع المري والحلقوم ويخرج
الدم بقطع احد الودجين فيكتفي بالاكثر ايها كانت فلا حاجة الى اشتراط قطع المعين منها وقال الشافعي
يكتفي بقطع المري والحلقوم وقال مالك لا بد من قطع الاربعة والحجة عليهما ما روينا فان فيه ذكر الاوداج
بلفظ الجمع والثلاث جمع فلا معنى لاشتراط الكل ولا للاقتصار على ما دون الثلاث وقوله ولو بظفر
وقرن وسن مذهبنا وقال الشافعي المذبوح بهذه الاشياء ميتة لا يحل اكلها لقوله عليه السلم كل ما انهر الدم
وافرى الاوداج ما خلا الظفر والسن فانهما مدى الحبشة ولانه فعل غير مشروع فلا يكون ذكاة كما اذا
ذبح بغير المنزوع ولنا قوله عليه السلم انهر الدم بما شئت ويروى افر الاوداج بما شئت وما رواه محمول على غير المنزوع
فان الحبشة كانوا يفعلون ذلك اظهارا للجلادة ولانها آلة جارحة فيحصل بها ما هو المقصود وهو اخراج
الدم فصار كالحجر والحديد بخلاف غير المنزوع فانه يقتل بالثقل فيكون في معنى الموقوذة وانما يكره لان فيه
زيادة الالم وقد نهينا عنه وامرنا بضده وقوله وليطة ومروة وما انهر الدم وما روي عن عدي
بن حاتم قال قلت يا رسول الله انا نصيد الصيد فلا نجد سكينا الا الظرار وشقة العصا فقال رسول الله

صلى الله عليه وسلم افر الاوداج بما شئت واذكر اسم الله رواه البخاري ومسلم وغيرهما واما الظفر القائم والسن
القائم فلما روي عن رافع بن خديج انه قال قلت يا رسول الله انا نلاقي العدو غدا وليس معنا مدى فقال رسول الله
صلى الله عليه وسلم ما انهر الدم وذكر اسم الله عليه فكلوا ما لم يكن سنا او ظفرا وساحدثكم عن ذلك اما السن فعظم
واما الظفر فمدى الحبشة رواه البخاري ومسلم وتاويله اذا كان قائما على ما بينا الا ترى الى قوله عليه السلم
اما الظفر فمدى الحبشة وهم كانوا يذبحون بالقائم منه قال رح ويندب حد الشفرة لقوله عليه السلم ان الله
كتب الاحسان على كل شيء واذا قتلتم فاحسنوا القتلة واذا ذبحتم فاحسنوا الذبحة وليحد احدكم شفرته وليرح
ذبيحته رواه مسلم واحمد وغيرهما ويكره ان يضجعها ثم يحد الشفرة لما روي انه عليه السلم راى رجلا اضجع
شاة وهو يحد شفرته فقال له لقد اردت ان تميتها موتات هلا حددتها قبل ان تضجعها قال رح وكره النخع
وقطع الراس والذبح من القفا والنخع هو ان يصل الى النخاع وهو خيط ابيض في جوف عظم الرقبة وانما كره
ذلك لنهيه عليه السلم عن نخع الشاة اذا ذبحت وتفسيره ما ذكرنا وقيل ان يمد راسها حتى يظهر مذبحها وقيل
ان يكسر رقبتها قبل ان تسكن من الاضطراب وكل ذلك مكروه لان في جميع ذلك وفي قطع الراس زيادة تعذيب
الحيوان بلا فائدة ويكره ان يجرها برجلها الى المذبح وان يسلخ قبل ان تبرد لما ذكرنا ويؤكل في جميع ذلك
لان الكراهة لمعنى زائد وهي زيادة الالم فلا توجب الحرمة وكذا لو ذبحها متوجهة لغير القبلة تكره وتؤكل
لان السنة في الذبح ان يستقبل القبلة هكذا روي عن ابن عمر رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم استقبل في
اضحيته القبلة لما اراد ذبحها وفي الذبح من القفا زيادة الم فيكره ويحل اذا بقيت حية حتى يقطع العروق
لتحقق الموت بما هو ذكاة وان ماتت قبل قطع العروق لا تؤكل لوجود الموت بما ليس بذكاة قال رح وذبح صيد استانس
وجرح نعم توحش او تردى في بير لان ذكاة الاضطرار لا يصار اليه الا عند العجز عن ذكاة الاختيار على ما مر
ولم يتحقق العجز فيما استانس من الصيد وتحقق فيما توحش من النعم وكذا فيما تردى في بير ووقع العجز عن
ذكاته فجرحه فمات من الجرح وعلم ذلك يؤكل وان علم انه لم يمت من الجرح لا يؤكل وان اشكل ذلك اكل
لان الظاهر ان الموت منه وكذا الدجاجة اذا تعلقت على شجرة وخيف فوتها صار ذكاتها الجرح وفي
الكتاب اطلق فيما توحش من النعم وكذا فيما تردى وعن محمد رحمه الله ان الشاة اذا ندت في المصر لا تحل بالعقر لانها لا تدفع
نفسها فيمكن اخذها وان ندت في الصحراء تحل بالعقر لتحقق العجز عن ذكاة الاختيار وفي البقر والابل يتحقق العجز
في الصحراء والمصر فتحل بالعقر والصيال كالند وهو اذا كان لا يقدر على اخذه حتى لو قتله المصول عليه وهو يريد
الذكاة يحل اكله وقال مالك لا يحل النعم بذكاة الاضطرار لان العجز فيه عن ذكاة الاختيار نادر والنادر لا
حكم له ولنا ما روي عن رافع بن خديج قال كنا مع النبي صلى الله عليه وسلم في سفر فند بعير من ابل القوم ولم يكن
معهم خيل فرماه رجل منهم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لهذه البهائم اوابد كاوابد الوحش فما فعل
منها هذا فافعلوا به هكذا رواه البخاري ومسلم وجماعة اخر ولان المعتبر حقيقة العجز وقد تحقق فيصار الى البدل
ولا نسلم ندرته بل هو غالب وذكر في النهاية معزيا الى النوازل ان بقرة لو تعسرت عليها الولادة
فادخل صاحبها يده وذبح الولد حل اكله وان ذبحه في غير موضع الذبح ان كان لا يقدر على مذبحه
يحل وان كان يقدر لا يحل قال رح وسن نحر الابل وذبح الشاة والبقر وكره عكسه وحل وانما كانت
السنة النحر في الابل والذبح في البقر والغنم لموافقة السنة المتواترة قال تعالى ان الله يامركم ان تذبحوا
بقرة وقال تعالى وفديناه بذبح عظيم وقال تعالى فصل لربك وانحر جاء في التفسير اي انحر الجزور والنحر
ايسر في الابل وفي الغنم والبقر الذبح ايسر فكان في كل واحد منهما ما هو الايسر فيه وذبح الابل ونحر البقر والغنم
جائز لحصول المقصود وهو تسييل الدم وكره لترك السنة المتواترة وهو المراد بقوله
وكره عكسه وحل وقال مالك لا يحل والحجة عليه ما بيناه والنحر قطع العروق في اسفل العنق عند الصدر

والذبح قطع العروق في أعلى العنق تحت اللحيين **قال رحمه الله** ولم يذك جنين بذكاة أمه أي لا يصير
الجنين مذكى بذكاة أمه حتى لا يحل أكله بذكاتها وهذا عند أبي حنيفة وزفر والحسن بن زياد وقال
أبو يوسف ومحمد وجماعة أخر إذا تم خلقه حل أكله بذكاتها لقوله عليه السلام ذكاة الجنين ذكاة أمه ويروى
أنه عليه السلام قيل له يا رسول الله ننحر الناقة ونذبح البقرة أو الشاة في بطنها الجنين أنلقيه أم
نأكله فقال كلوه إن شئتم فإن ذكاته ذكاة أمه واحتجوا أيضا بقوله تعالى ومن الأنعام حمولة وفرشا
قيل الفرش الصغار من الأجنة والحمولة الكبار فقد من الله علينا بإباحة أكله ولنا أنه جزء
من الأم حقيقة لكونه متصلا بها حتى يفصل بالمقاريض ويتغذى بغذائها ويتنفس بتنفسها وكذا
حكما حتى يدخل في الأحكام الواردة على الأم كالبيع والهبة والعتق وإذا كان جزءا منها فيكون جرح الأم
ذكاة له عند العجز كما في الصيد والجامع أنه عجز في الاثنين عن ذكاتهما اختيارية فانتقل إلى ما هو
في وسعه وهو الجرح في الصيد وذبح الأم في الجنين فصار مثله بل فوقه لأنه يموت به قطعا وفي الغالب
في الصيد المجروح السلامة لا سيما إذا وقع الجرح في أطرافه ولأبي حنيفة ومن تابعه أن الله تعالى حرم
الميتة وهو اسم لحيوان مات من غير ذكاة ألا ترى أن الله تعالى شرط التذكية بقوله إلا ما ذكيتم وحرم المنخنقة
والجنين مات خنقا فيحرم بالكتاب وهذا لأنه أصل في الحياة حتى يتصور حياته بعد موت أمه
فوجب إفراده بالذكاة ليخرج الدم عنه فيحل به ولا يحل بذكاة غيره إذ المقصود من الذكاة إخراج دمه
ليتميز عن اللحم فيطيب ولا يكون تبعا لها ولهذا انفرد بإيجاب الغرة وبقبول العتق وحده وبصحة الوصية
له وبه منفردا فلا يمكن جعله تبعا لأنه فيه لأنه لا يحصل المقصود بذكاة أمه وهو إخراج دمه
بخلاف الصيد لأنه مخرج الدم وهو المقصود فيقوم مقام الذبح عند العجز تحقيقه أنه لو كان جزءا للأم
لحل أكله وإن لم يتم خلقه لأن جميع أجزاء الأم مأكول فلما لم يؤكل قبل تمامه علمنا أنه ليس بجزء لها
وما رووه لا يعارض الدليل القطعي أو المراد بالحديث الأول إن صح التشبيه أي ذكاة الجنين كذكاة أمه
والتشبيه على هذا الطريق فاش قال الله تعالى وجنة عرضها السموات والأرض ويقال زيد الأسد أي
كالأسد قال الشاعر وعيناك عيناها وجيدك جيدها ولكن عظم الساق منك دقيق أي كعيناها
فلا يدل على أنه يكتفى بذكاة الأم والدليل عليه أنه يروى ذكاة أمه بالنصب على المصدر أي يذكى
ذكاة مثل ذكاة أمه وهذا يبين أن المراد بالرفع التشبيه ولا يصح المعنى لأنه يؤدي إلى أن ذكاة
الجنين هو ذكاة للأم بمعنى أنه يكتفى به ويستغنى به عن ذكاة أمه لأن قوله ذكاة الجنين مبتدأ
وذكاة أمه خبره فيفسد المعنى لأن أحدا لم يقل إن ذكاة الجنين تغني عن ذكاة الأم وهذا كما تقول
كلام زيد كلام القوم بمعنى أنه يكتفى به ولا يحتاج إلى كلامهم وإنما كان كذلك لأن المبتدأ والخبر
إذا كانا معرفتين وجب تقديم المبتدأ وتأخير الخبر بمعنى أن المتقدم هو المبتدأ والمتأخر هو الخبر
والمراد بقولهم فيخرج من بطنها جنين ما أشرف على الموت قال الله تعالى إنك ميت وإنهم ميتون أي
إذ بحوه وكلوه وهذا مثل ما يروى أنه عليه السلام أذن في أكل لحم الخيل أي إذا ذبح لأن الشيء إذا عرف
شرطه وذكر مطلقا ينصرف إليها كقوله تعالى أقم الصلاة أي بشرطها وإنما يدخل الجنين في البيع
تبعا للحوق لأن البيع يفسد باستثنائه وإنما يعتق بإعتاقها كيلا ينفصل عن الحرة ولد رقيق والإرقاق
لو لم يحل أكله بذكاة أمه لما حل ذبح أمه لأن فيه تضييع الولد ونهى النبي عليه السلام عن إضاعة المال
لأنا نقول موته لا يتيقن به بل يتوهم إدراكه حيا فيذبح فلا يحرم أو لأن المقصود لحم الأم فلا
يتوسل إليها إلا به فكان قتله لغرض صحيح فإذا كان يجوز قتل المسلمين للتوسل إلى المقصود كما إذا
تترس الكفار بالمسلمين فما ظنك بالأجنة **فصل فيما يحل أكله وما لا يحل** **قال رحمه الله** لا يؤكل

ما أذن عليه السلام في أكل لحم الخيل

والذئب والنمر والفهد والكلب والسنور البري والأهلي وسباع الهوام والسنجاب والسمور والهوام التي تسكن الأرض كالفارة والوزغة والقنفذ
والحيات وجميع هوام الأرض إلا الأرنب وذو مخلب من الطيور الصقر والعقاب والبازي والشاهين وما أشبه ذلك وكل ما لا دم له كالزنبور ونحوه
ولا يؤكل إلا السمك والجراد مسكين

ذو ناب ومخلب من سبع أو طير أي لا يحل أكل ذي ناب من سباع البهائم وذي مخلب من سباع الطير
لما روى ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن أكل كل ذي ناب من السباع وكل ذي مخلب
من الطير رواه مسلم وأبو داود وجماعة أخر وعن أبي ثعلبة أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن أكل كل ذي ناب
من السباع رواه البخاري والسباع جمع سبع وهو كل مختطف منتهب جارح قاتل عادة والمراد بذي
مخلب ما له مخلب هو سلاح وهو مفعل من الخلب وهو مزق الجلد ويعلم بذلك أن المراد بذي مخلب
هو سبع الطير لا كل ما له مخلب وهو الظفر كما أريد في ذي ناب من سباع البهائم لا كل ما له ناب ولأن
طبيعة هذه الأشياء مذمومة شرعا فيخشى أن يتولد من لحمها شيء من طباعها فيحرم إكراما لبني آدم
وهو نظير ما روي أنه عليه السلام قال لا ترضع لكم الحمقاء فإن اللبن يعدي ويدخل في الحديث الضبع
والثعلب لأن لهما نابا وما روي أنه عليه السلام أباح أكلهما محمول على الابتداء ويدخل فيه الفيل
أيضا لأنه ذو ناب واليربوع وابن عرس من سباع الهوام وكرهوا أكل الرخم والبغاث لأنهما يأكلان
الجيف **قال رحمه الله** وحل غراب الزرع لأنه يأكل الحب وليس من سباع الطير ولا من الخبائث **قال رحمه الله**
لا الأبقع الذي يأكل الجيف والضبع والضب والزنبور والسلحفاة والحشرات والحمر الأهلية والبغل
والخيل أي هذه الأشياء لا تؤكل أما الغراب الأبقع فإنه يأكل الجيف فصار كسباع الطير والغراب ثلاثة أنواع
نوع يأكل الجيف فحسب فإنه لا يؤكل ونوع يأكل الحب فقط فإنه يؤكل ونوع يخلط بينهما وهو أيضا يؤكل عند
أبي حنيفة وهو العقعق لأنه كالدجاج وعن أبي يوسف أنه يكره لأن غالب مأكوله الجيف والأول أصح
وأما الضبع فلما روينا وما بينا ولأنه يأكل الجيف فيكون لحمه نابتا منه فيكون خبيثا وأما الضب والزنبور
والسلحفاة والحشرات فلأنها من الخبائث لأن العرب تستخبثها وقد قال تعالى ويحرم عليهم الخبائث وما روي
أنه عليه السلام أباح أكله محمول على ما قبل التحريم ثم حرم الخبائث لأنه لم يكن في الابتداء حرام إلا ثلاثة
أشياء على ما قال تعالى قل لا أجد فيما أوحي إلي محرما على طاعم يطعمه إلا أن يكون ميتة أو دما مسفوحا
أو لحم خنزير ثم حرم بعد ذلك أشياء الخصي والشافعي يجوز أكل الضبع والضب ومالك جميع السباع
والحشرات استدلالا بما تلونا ورويناه والحجة عليهما ما بينا وأما الحمر الأهلية فلما روي عن ثعلبة
الخشني أنه قال حرم رسول الله صلى الله عليه وسلم لحوم الحمر الأهلية رواه البخاري ومسلم وأحمد
وأما البغل فلأنه نسل الحمار فكان كأصله حتى لو كانت أمه فرسا كان على الخلاف المعروف في لحم الخيل
لأن المعتبر في الحل والحرمة الأم فيما يولد من مأكول وغير مأكول **قال رحمه الله** وحل الأرنب لأنه عليه السلام
أمر أصحابه أن يأكلوا حين أهدي إليه مشويا رواه أحمد والنسائي ولأنه ليس من السباع ولا من أكلة
الجيف فأشبه الظبي **قال رحمه الله** وذبح ما لا يؤكل لحمه يطهر لحمه وجلده إلا الآدمي والخنزير وقال الشافعي
الذكاة لا تؤثر في جميع ذلك لأن أثر الذكاة في إباحة اللحم أصل وفي طهارته وطهارة الجلد تبع ولا
تبع بدون الأصل فصار كذبح المجوسي ولنا أن الذكاة مؤثرة في إزالة الرطوبة النجسة فإذا أزالت
طهرت كما في الدباغ وهذا الحكم مقصود في الجلد كالتناول في اللحم وفعل المجوسي قتل فلا يدل الدباغ
وكما لحمه يطهر شحمه أيضا حتى لو وقع في الماء القليل لا يفسده وهل يجوز الانتفاع به في غير الأكل
قيل لا يجوز اعتبارا بالأكل وقيل يجوز كالزيت إذا خالطه شحم الميتة والزيت غالب فإنه ينتفع به في
غير الأكل والخنزير لا يؤثر فيه الدباغ لنجاسته والآدمي لكرامته وفي رواية لا يطهر بالذكاة لحم
ما لا يؤكل لحمه والجلد يطهر هو الصحيح وقد ذكرناه في كتاب الطهارة **قال رحمه الله** ولا يؤكل ما في الماء إلا السمك
غير طاف وقال مالك يؤكل جميع حيوان الماء واستثنى بعضهم الخنزير والسباع والكلب والإنسان
وعن الشافعي أنه أباح ذلك كله قال صاحبا الهداية يتلاف في الأكل والبيع واحد وينبغي أن يجوز بيعه بالإجماع لطهارته

ذ يصيد به

لما حرمت السباع على بني آدم

الزيت إذا ما لم يكن غالبا ينتفع به في غير الأكل

لهم قوله تعالى احل لكم صيد البحر من غير فصل وقوله عليه السلم في البحر هو الطهور ماؤه والحل ميتته ولانه لا دم في هذه الاشياء اذ الدموي لا يسكن الماء والمحرم هو الدم فاشبه السمك ويروى جابر انهم اصابهم جوع شديد في الغزو فالقى البحر حوتا ميتا يقال له العنبر فاكلنا منه نصف شهر قال فلما قدمنا المدينة ذكرنا ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال كلوا رزقا اخرجه الله تعالى لكم ان كان معكم اطعمونا الحديث ولنا قوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث وما سوى السمك خبيث ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن التداوي بدواء اتخذ فيه الضفدع ونهى عن بيع السرطان والصيد المذكور فيما تلى محمول على الاصطياد وهو مباح فيما لا يحل اكله والميتة المذكورة فيما روى محمول على السمك وهو حلال مستثنى عن ذلك لقوله عليه السلم احلت لنا ميتتان ودمان اما الميتتان فالسمك والجراد واما الدمان فالكبد والطحال وحديث جابر لا يدل على مرادهم لانه قال فجعنا جوعا شديدا فالقى البحر حوتا ميتا لم ير مثله يقال له عنبر هكذا رواه البخاري ومسلم واحمد وهذا يدل على انه كان سمكا وان لم يكن سمكا فهو في حالة المخمصة وفيها تحل الميتة والخنزير فما ظنك بصيد البحر وهو ظاهر والنصوص على تحريم الخنزير والسباع مطلقا فيتناول البري والبحري واما الطافي فيكره اكله لقول جابر رضي الله عنه انه عليه السلم قال ما نضب عنه الماء فكلوا وما طفى فلا تاكلوا وعن جماعة من الصحابة مثله وهو حجة على مالك والشافعي في اباحتهما الطافي ولا دليل لهما فيما روينا لان المراد بميتة البحر ما لفظه البحر حتى يكون موته مضافا الى البحر فلا يتناول ما مات فيه بمرض او نحوه ثم الاصل فيه انه متى عرف سبب موته بلفظ البحر او بحبسه في مكان كالحظيرة الصغيرة الضيقة المتلفة بحيث يمكن اخذه من غير حيلة او ابتلاع سمكة او بقتل طير الماء اياها او بجماد الماء عليها فانها تحل كلها لان سبب موتها معلوم ولو ماتت من شدة حر الماء او برده فقيل يوكل لان الحر ليس سببا معلوما وقيل لا يوكل لان الماء لا يقتل السمك حارا كان او باردا وان انحسر الماء عن بعضه ومات روى هشام عن محمد انه ان كان راسه في الماء لا يوكل وان كان ذنبه في الماء وراسه انحسر عنه الماء اكل لان خروج راسه عن الماء سبب لموته فكان سبب موته معلوما بخلاف خروج ذنبه فحاصله ان الشرط فيه ان يعلم باي سبب مات حتى لو ابان عضوه بضرب فانه يوكل ويوكل العضو ايضا قال رحمه الله وحل بلا ذكاة كالجراد اي حل السمك بلا ذكاة كالجراد لما روينا قال رحمه الله ولو ذبح شاة فتحركت او خرج الدم حل والا لا ان لم يدر حياته وان علم حل وان لم تتحرك ولم يخرج الدم لان الحركة وخروج الدم لا يكونان الا من الحي لان الميت لا يتحرك ولا يخرج منه الدم فيكون وجودهما او وجود احدهما علامة الحياة وعدمهما علامة الموت فلا يحل الا اذا علم حياتها عند الذبح فيحل لان الاصل بقاء ما كان على ما كان فلا يحكم بزوال الحياة بالشك وذكر محمد بن مقاتل ان خرج الدم ولم تتحرك لا تحل لان الدم لا يتجمد عند موته فيجوز خروج الدم بعد الموت وهذا ياتي في المنخنقة والمتردية والنطيحة والتي بقر الذئب بطنها لان ذكاة هذه الاشياء تحل وان كانت حياتها خفية في ظاهر الرواية لقوله تعالى الا ما ذكيتم وعن ابي حنيفة انها انما تحل اذا كانت بحال تعيش يوما لولا الذكاة وعند ابي يوسف ان كان بحال مثله لا يحل وعند محمد ان كان بحال يعيش فوق ما يعيش المذبوح يحل والا فلا وسنبينها في كتاب الصيد ان شاء الله تعالى ولو ذبحت شاة مريضة ولم يتحرك منها الا فوها قال محمد بن سلمة ان فتحت فاها لا توكل وان ضمت عينها اكلت وان مدت رجلها لا توكل وان قبضت رجلها اكلت وان نام شعرها لا توكل وان قام شعرها اكلت وهذا صحيح لان الحيوان يسترخي بالموت ففتح الفم والعين ومد الرجل ونوم الشعر علامة الموت لانها استرخاء وضم الفم وتغميض العين وقبض الرجل وقيام الشعر ليست باسترخاء بل هي حركات تختص بالحي فتدل على حياته وقال قاضي خان هذا كله اذا لم يعلم حياته وقت الذبح وان علم

حياته وقت الذبح اكل على كل حال كذا ذكره في المحيط

كتاب الاضحية

وهي اسم لما يضحى بها كالاروية وهي الانثى من الوعول ويجمع على اضاحي بالتشديد على افاعيل كالاواري في جمع الاروية ويقال ضحية وضحايا كهدية وهدايا ويقال اضحاة وتجمع على اضحى كارطاة وارطى وهي في الشرع اسم لحيوان مخصوص بسن مخصوص تذبح بنية القربة في يوم مخصوص عند وجود شرايطها وسببها وشرايطها الاسلام والوقت واليسار الذي يتعلق به وجوب صدقة الفطر وركنها ذبح ما يجوز ذبحه اعلم ان القربة المالية نوعان نوع بطريق التمليك كالصدقات ونوع بطريق الاتلاف كالاعتاق والتضحية وفي الاضحية اجتمع المعنيان فانه تقرب باراقة الدم وهو اتلاف ثم بالتصدق في اللحم تكون تمليكا واباحة قال رحمه الله تجب على حر مسلم مقيم موسر عن نفسه لا عن طفله شاة او سبع بدنة فجر يوم النحر الى اخر ايامه وفي الجوامع عن ابي يوسف انها سنة وهو قول الشافعي وذكر الطحاوي انها سنة موكدة على قول ابي يوسف ومحمد وهكذا ذكره بعضهم ايضا وجه السنة قوله عليه السلام اذا رايتم هلال ذي الحجة واراد احدكم ان يضحي فليمسك عن شعره واظفاره رواه مسلم وابو داود واحمد وجماعة اخر والتعليق بالارادة ينافي الوجوب ولانها لو كانت واجبة على المقيم لوجبت على المسافر كالزكاة وصدقة الفطر لانهما لا يختلفان في العبادة المالية تخصيصا كالعتيرة ووجه الوجوب قوله عليه السلام من وجد سعة فلم يضح فلا يقربن مصلانا رواه احمد وابن ماجة ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب ولانه عليه السلم امر باعادتها بقوله من ضحى قبل الصلاة فليعد والامر للوجوب فلولا انها واجبة لما وجب اعادتها ولانها قربة تضاف اليها يقال يوم الاضحى وذلك يوذن بالوجوب لان الاضافة للاختصاص ويحصل الاختصاص بالوجود والوجوب هو المفضي الى الوجود ظاهرا بالنظر الى جنس المكلفين لجواز ان يجتمعوا على ترك ما ليس بواجب ولا يجتمعوا على ترك الواجب ولا تصح الاضافة باعتبار جواز الاداء فيه الا ترى ان الصوم يجوز في ساير الشهور والمسمى شهر الصوم رمضان وحده وكذا الجماعة تجوز في كل يوم والمسمى بيوم الجمعة يوم واحد ولان الاضافة الى الوقت لا تتحقق الا اذا كانت موجودة فيه بلا شك ولا تكون موجودة فيه بيقين الا اذا كانت واجبة وانما لا تجب على المسافر لان ادائها يختص باسباب تشق على المسافر وتفوت بمضي الوقت فلا يجب عليه لدفع الحرج عنه كالجمعة بخلاف الزكاة وصدقة الفطر فانهما لا يفوتان بمضي الوقت فلا يحرج والمراد بالارادة فيما روى ما هو ضد السهو لا التخيير لانه غير مخير اجماعا لان التخيير يقع في المباح والعتيرة منسوخة وهي شاة كانت تذبح في رجب في ابتداء الاسلام والاضحية ليست بمنسوخة وانما اشترط فيها الحرية لانها قربة مالية فلا تتادى الا بالملك والمالك هو الحر والاسلام لان القربة لا تتادى الا من المسلم والاقامة لما بينا واليسار لما روينا ولان العبادة لا تجب الا على القادر وهو الغني دون الفقير ومقداره ما يجب فيه صدقة الفطر والوقت وهو ايام النحر لانها مختصة بها على ما بينا فيشترط ان يكون غنيا في ايام النحر ولو كان فقيرا فايسر فيها تجب لانه ادرك وقتها وهو غني لان الوجود في بعض الوقت كالوجود في اوله وقيل لا تجب عليه لان الوجوب يتعلق بطلوع الفجر والفقير ليس من اهله فجعله في هذه الرواية نظير صدقة الفطر وقوله عن نفسه لانه اصل في الوجوب عليه وقوله لا عن طفله اي لا تجب عليه عن اولاده الصغار لانها قربة تختص به والاصل في العبادات ان لا تجب على احد بسبب غيره بخلاف صدقة الفطر لان فيها معنى المؤنة والسبب فيها راس يمونه ويلي عليه وهذا المعنى يتحقق في حق الولد في صدقة الفطر دون الاضحية ولهذا لا تجب عليه عن عبده وصدقة الفطر تجب عليه عنه وروى الحسن عن ابي حنيفة ان الاضحية تجب عليه عن ولده الصغير لانه في معنى نفسه فيلحق به كما في صدقة الفطر على هذه الرواية او ولد ابنه

وكذا في ايام النحر فعلى الروايتين المذكورتين في اليسار فيها والاول ظاهر الرواية وقد بيناه وجهه وان
كان الصغير مال يضحي عنه ابوه او وصيه من ماله عند ابي حنيفة حتى قال محمد وزفر والشافعي يضحي عنه
من مال نفسه لا من مال الصغير والخلاف في الاضحية كالخلاف في صدقة الفطر وقيل لا تجوز الاضحية من
مال الصغير في قولهم جميعا لان القربة تتادى بالاراقة والصدقة بعدها تطوع ولا يجوز ذلك من مال
الصغير ولان الاراقة اتلاف والاب لا يملك في مال الصغير كالاعتاق وكذا التصدق به ولا يمكن الصغير
ان ياكل اللحم كله والاصح انه يضحي من ماله وياكل منه ما امكن ويبتاع بما بقي ما ينتفع بعينه كذا
ذكره صاحب الهداية وفي الكافي الاصح انه لا يجب ذلك وليس للاب ان يفعله من ماله اي من مال الصغير
وقوله شاة او سبع بدنة بيان للقدر الواجب والقياس ان لا تجوز البدنة كلها الا عن واحد لان
الاراقة قربة واحدة وهي لا تتجزى الا انا تركناه بالاثر وهو ما روي عن جابر رضي الله عنه انه قال نحرنا مع
رسول الله صلى الله عليه وسلم البقرة عن سبعة والبدنة عن سبعة ولا نص في الشاة فبقي على اصل القياس
وتجوز عن ستة او خمسة او ثلاثة ذكره محمد في الاصل لانه لما جاز عن سبعة فعمن دونه اولى
ولا تجوز عن ثمانية لعدم النقل فيه فبقي على الاصل وكذا اذا كان نصيب احدهم اقل من السبع فلا يجوز
عن الكل لان بعضه اذا خرج من ان يكون قربة يخرج كله من ان يكون قربة على ما بيناه في الهدي وقال مالك
تجوز الواحدة عن اهل بيت واحد وان كانوا اكثر من سبعة ولا تجوز عن اهل بيتين وان كانوا اقل منها لقوله عليه السلم
على اهل كل بيت في كل عام اضحاة وعتيرة قلنا المراد منه والله اعلم قيم اهل البيت لان اليسار له حذف
المضاف واقام المضاف اليه مقامه يؤيده ما يروى على كل مسلم في كل عام اضحاة وعتيرة ولو كانت البدنة
بين اثنين نصفين تجوز في الاصح لان نصف السبع يكون تبعا للثلاثة الاسباع واذا جاز على الشركة فقسمة
اللحم بالوزن لانه موزون ولو اقتسموه جزافا لا يجوز الا اذا كان معه شيء من الاكارع والجلد كالبيع
لان القسمة فيها معنى المبادلة ولو اشترى بقرة يريد ان يضحي بها عن نفسه ثم اشترك معه ستة
اجزاه استحسانا والقياس ان لا يجوز وهو قول زفر لانه اعدها للقربة فيمتنع عن بيعها تمولا وفي
الاشتراك ذلك فلا يجوز وجه الاستحسان انه قد يجد بقرة سمينة وقد لا يظفر بالشركاء وقت الشراء
فيشتريها ثم يطلب الشركاء ولو لم يجز ذلك لحرجوا وهو مدفوع شرعا والاحسن ان يفعل ذلك قبل الشراء
ولا يشتري حتى يجتمعوا قدر ما يريدون من الشركاء ليخرج من الخلاف وعن صورة الرجوع وعن ابي حنيفة مثل قول
زفر رحمهما الله تعالى **قال رحمه الله** ولا يذبح مصري قبل الصلوة وذبح غيره اي لا يجوز لاهل المصر ان يذبحوا
الاضحية قبل ان تصلي صلوة العيد يوم الاضحى وغيره اي غير اهل المصر يجوز لهم ذبحها بعد طلوع الفجر
قبل ان يصلي الامام صلوة العيد والاصل فيه قوله عليه السلم من ذبح قبل الصلاة فليعد ذبيحته ومن ذبح
بعد الصلاة فقد تم نسكه واصاب سنة المسلمين وقال عليه السلم ان اول نسكنا في هذا اليوم الصلاة ثم الاضحية
قال ذلك في حق من عليه صلاة العيد كيلا يشتغل عنها بها فلا معنى للتاخير في القرى اذ لا صلاة عليهم
وهو حجة على مالك والشافعي في نفيهما الجواز بعد الصلاة قبل نحر الامام والمعتبر في ذلك مكان الاضحية
حتى لو كانت في السواد والمضحي في المصر يجوز كما انشق الفجر وفي العكس لا يجوز الا بعد الصلاة وحيلة
المصري اذا اراد التعجيل ان يبعث بها الى خارج المصر في موضع يجوز للمسافر ان يقصر فيه فيضحي بها كما
طلع الفجر لان وقتها من طلوع الفجر وانما اخرت الى ما بعد الصلاة في المصر لما ذكرنا وهي تشبه
الزكاة من حيث انها تسقط بهلاك المال قبل مضي ايام النحر كالزكاة تسقط بهلاك النصاب فيعتبر في الاداء
مكان المحل وهو المال لا مكان الفاعل اعتبارا بها بخلاف صدقة الفطر حيث يعتبر فيها مكان الفاعل لانها
تتعلق في الذمة والمال ليس محلا لها ولهذا لا تسقط بهلاك المال بعد ما طلع الفجر من يوم الفطر

حيلة تعجيل ذبح المصري الاضحية قبل الصلوة

ولو ضحى بعد ما صلى اهل المسجد قبل ان يصلي اهل الجبانة اجزاه استحسانا لانها صلاة معتبرة حتى لو
اكتفوا بها اجزاتهم فيكون الذبح عقيب صلاة معتبرة وان كان على العكس فعلى القياس والاستحسان
وقيل يجوز قياسا واستحسانا لان المسنون في صلاة العيد الخروج الى الجبانة فكان اصلا والاخر كالخلف
عنه ولو ذبح بعد ما قعد الامام قدر التشهد قبل ان يسلم لم يجز خلافا للحسن ولو لم يصل الامام العيد في اليوم
الاول اخروا التضحية الى الزوال ثم ذبحوا ولا يجزيهم التضحية ما لم يصل الامام في اليوم الاول الا بعد الزوال
فحينئذ يجوز لخروج وقتها وكذا في اليوم الثاني لا يجزيهم قبل الزوال الا اذا كانوا لا يرجون ان يصلي الامام
فحينئذ يجزيهم قبل الزوال هكذا ذكره في المحيط وذكر فيه ايضا ان التضحية في الغد او بعد الغد يجوز
قبل الصلاة لانه فات وقت الصلاة بزوال الشمس في اليوم الاول والصلاة في الغد تقع قضاء لا اداء
فلا يظهر هذا في حق التضحية وقال هكذا ذكره القدوري في شرحه ولو صلى الامام ثم تبين انه صلى
بلا طهارة تعاد الصلاة دون الاضحية لان من العلماء من قال لا يعيد الصلاة الا الامام وحده فكان
للاجتهاد فيه مساغا فجعلناه عذرا في حق جواز التضحية تحريا للجواز وصيانة لاضاحيهم عن الفساد
ولو وقعت في البلد فتنة ولم يبق فيها وال يصلي بهم العيد فضحوا بعد طلوع الفجر اجزاهم لان
البلدة صارت في هذا الحكم كالسواد ولو شهدوا عند الامام انه يوم العيد فصلى ثم انكشف انه
يوم عرفة اجزاتهم الصلاة والتضحية لانه لا يمكن التحرز عن مثل هذا الخطاء فيحكم بالجواز صيانة لجمع
المسلمين بخلاف ما اذا صلى بغير شهادة لانه لا يتعذر التحرز عن مثله ووقتها ثلاثة ايام اولها افضلها
يروى ذلك عن عمر وعلي وابن عباس موقوفا عليهم وهو كالمرفوع في مثله من المقادير لان الراي لا يهتدي
اليه فيحمل عليه وانما كان اولها افضلها لان فيه مسارعة الى الخير ويجوز الذبح في لياليها الا انه يكره
لاحتمال الغلط في الظلمة وايام النحر ثلاثة وايام التشريق ايضا ثلاثة والكل يمضي باربعة اولها نحر
لا غير واخرها تشريق لا غير والمتوسطان نحر وتشريق والتضحية فيها افضل من التصدق بثمن التضحية
لانها تقع واجبة ان كان غنيا وسنة ان كان فقيرا وهي واجبة عند البعض وسنة عند البعض والتصدق
بالثمن تطوع محض فكانت هي افضل ولانها تفوت بفوات وقتها والتصدق لا يفوت فكانت افضل
ونظيره الطواف للافاقي افضل من الصلوة لانه بالرجوع يفوته بخلاف المكي فان الصلاة في حقه افضل
لانها خيرها وضع ولو لم يضح حتى مضت ايام النحر وكان غنيا وجب عليه ان يتصدق بالقيمة سواء
كان اشترى او لم يشتر لانها واجبة في ذمته فلا يخرج عن العهدة الا بالاداء كالجمعة تقضى ظهرا
والصوم بعد العجز فدية وان كان فقيرا فان كان اشترى الاضحية او اوجب على نفسه بالنذر
وجب عليه ان يتصدق بذلك الذي اوجبه او اشتراه لانها تعينت بالشراء بنية الاضحية او بالنذر
ولا يجزيه غيرها الا اذا كان قدر قيمتها بخلاف الغني لان الاضحية واجبة في ذمته يجزيه التصدق
بشاة عنها او بقيمتها ولا يجب عليه اكثر من ذلك الا اذا التزم التضحية بالنذر وعنى به غير الواجب
في ذمته فحينئذ يجب عليه ان يتصدق بالمنذور كما بينا في حق الفقير مع الواجب الذي في ذمته
وهي الشاة التي وجبت بسبب اليسار وكذا اذا اطلق النذر ولم يرد به الواجب في ذمته يجب عليه
غيره وان اراد به الواجب بسبب الغنى لا يلزمه غيره لان النذر ايجاب والايجاب ينصرف
الى غير الواجب ظاهرا ولكن يحتمل الصرف الى الواجب تاكيدا ونظيره النذر بالحج وعليه حجة
الاسلام فانه يلزمه حجة اخرى الا اذا عنى به ما هو الواجب عليه **قال رحمه الله** ويضحي بالجماء وهي
التي لا قرن لها لان القرن لا يتعلق به مقصود وكذا مكسورة القرن بل اولى لما قلنا **قال رحمه الله**
والخصي وعن ابي حنيفة هو اولى لان لحمه اطيب وقد صح انه عليه السلم ضحى بكبشين املحين موجوءين

مـ وقعت فتنة ولم يبق وال يصلي العيد ضحوا بعد الفجر

مـ وقت التضحية وبيان الوقت الافضل

مـ التضحية افضل من التصدق بثمنها في ايامها

مـ الطواف للافاقي افضل من الصلوة

مـ الغني اذا اوجب على نفسه [illegible]
وجب عليه المنذور والاضحية الواجبة

الاملح الذي فيه ملحة وهو البياض الذي معه شعرات سود وهو من لون الملح والموجوء الخصي الوجاء هو
ان يضرب عروق الخصية بشيء **قال رحمه** والثولاء وهي المجنونة لانه لا يخل بالمقصود اذا كانت تعتلف بان كانت
سمينة ولم يمنعها عن السوم والرعي وان كان يمنعها منه لا يجزيه والجرباء ان كانت سمينة ولم يتلف جلدها
جاز لانه لا يخل بالمقصود **قال رحمه** لا بالعمياء والعوراء والعجفاء والعرجاء التي لا تمشي الى المنسك اي المذبح
لما روي عن البراء ابن عازب رضي الله عنه انه عليه السلم قال اربع لا تجوز في الاضاحي العوراء البين عورها
والمريضة البين مرضها والعجفاء البين ضلعها والكبيرة التي لا تنقي رواه ابو داود والنسائي وجماعة
اخر وصححه الترمذي **قال رحمه** ومقطوع اكثر الاذن او الذنب او العين او الالية لقول علي رضي الله عنه امرنا
رسول الله صلى الله عليه وسلم ان نستشرف العين والاذن وان لا نضحي بمقابلة ولا مدابرة ولا شرقاء ولا خرقاء
رواه ابو داود والنسائي وغيرهما وصححه الترمذي المقابلة المقطع من مقدم اذنها والمدابرة قطع من
موخر اذنها والشرقاء ان يكون الخرق في اذنها طويلا والخرقاء ان يكون عرضا وان بقي اكثر الاذن جاز وكذا اكثر
الذنب لان للاكثر حكم الكل بقاء وذهابا وهذا لان العيب اليسير لا يمكن التحرز عنه فجعل عفوا وعن ابي حنيفة
ان الثلث اذا ذهب وبقي الثلثان يجوز وان ذهب اكثر من الثلث لا يجوز لان الثلث تنفذ فيه الوصية من
غير اجازة الورثة فاعتبر قليلا وفيما زاد لا ينفذ الا برضاهم فاعتبر كثيرا ويروى عنه الربع لانه يحكي
حكاية الكل ويروى ان ذهاب الثلث مانع لقوله عليه السلم في حديث الوصية الثلث والثلث كثير وقال ابو يوسف
ومحمد اذا بقي اكثر من النصف اجزاه اعتبارا للحقيقة وهو اختيار ابي الليث وقال ابو يوسف اخبرت بقولي ابا حنيفة
قال قولي قولك قيل هو رجوع الى قول ابي يوسف وقيل معناه قولي قريب من قولك وفي كون النصف مانعا
روايتان عنهما وتاويل ما روينا اذا كان بعض الاذن مقطوعا على اختلاف الروايات لان مجرد الشق من غير
ذهاب شيء من الاذن لا يمنع ثم معرفة مقدار الذاهب والباقي متيسر في غير العين وفي العين قالوا تشد
عينها المعيبة بعد ان جاعت ثم يقرب العلف اليها قليلا قليلا فاذا راته في موضع اعلم على ذلك الموضع
ثم تشد عينها الصحيحة ويقرب العلف اليها شيئا فشيئا حتى اذا راته من مكان اعلم عليه ثم ينظر
ما بينهما من التفاوت فان كان نصفا او ثلثا او غيره فالذاهب هو ذلك القدر والهتماء لا تجوز
وهي التي لا اسنان لها وعن ابي يوسف انه يعتبر في الاسنان الكثرة والقلة كالاذن والذنب وعنه انه
ان بقي ما يمكن الاعتلاف به اجزاه لحصول المقصود والسكاء وهي التي لا اذن لها خلقة لا تجوز وان
كان صغيرة يجوز ولا تجوز الجلالة وهي التي تاكل العذرة ولا تاكل غيرها ولا الجداء وهي المقطوعة ضرعها
ولا المصرمة وهي التي لا تستطيع ان ترضع فصيلها ولا الجدا وهي التي يبس ضرعها ولو اشتراها سليمة
ثم تعيبت بعيب مانع من التضحية كان عليه ان يقيم غيرها مقامها ان كان غنيا وان كان فقيرا يجزيه ذلك
لان الوجوب بالشرع ابتداء لا بالشراء فلم تتعين بالشراء والفقير ليس عليه واجب شرعا فتعينت بشرائه
بنية الاضحية ولا يجب عليه ضمان نقصانها لانها غير مضمونة عليه فاشبهت نصاب الزكاة وعن ابي
رضي الله عنه انه قال اشتريت كبشا اضحي به فعدى الذيب فاخذ الالية قال فسالت النبي صلى الله عليه
فقال ضح به رواه احمد ويحمل على انه كان فقيرا لان الغني لا يجزيه لوجوبها في ذمته ولا كذلك الفقير
لانها لا تجب عليه وانما تعينت بالشراء في حقه حتى لو اوجب الفقير اضحية على نفسه بغير عينها فاشترى
اضحية صحيحة ثم تعيبت عنده وضحى بها لا يسقط عنه الواجب لانه وجب عليه اضحية كاملة بالنية
من غير تعيين كالموسر وكذا لو كانت معيبة وقت الشراء جاز ذبحها لما ذكرنا انه ليس بواجب عليه وعلى
هذا الاصل اذا ماتت المشتراة للتضحية على الموسر مكانها اخرى ولا شيء على الفقير ولو ضلت او سرقت
فاشترى اخرى ثم ظهرت الاولى في ايام النحر على الموسر ذبح احدهما وعلى المعسر ذبحهما ذكره الزعفراني في رجل

اشترى شاة للاضحية واوجبها اضحية فضلت منه ثم اشترى مثلها واوجبها اضحية ثم وجد
الاولى فان اوجب الثانية ايجابا مستانفا فعليه ان يضحي بهما وان اوجبها بدلا عن الاولى فان له ان يذبح ايهما
شاء لان الايجاب متحد فاتحد الواجب وهذا بناء على اصله ان الفقير اذا اشترى شاة بنية الاضحية لا تتعين
لها عنده حتى يجعلها بعد ذلك للاضحية بالايجاب لان الشراء لم يوضع للايجاب ولا يحتمل المجاز عنه لعدم
الموافقة بينهما في المعنى الخاص لان الشراء موضوع لاستجلاب الملك والنذر بالاضحية موضوع لازالته
فكان بينهما مضادة وفي ظاهر الرواية تتعين للاضحية بالشراء لان الشراء من الفقير بنية الاضحية بمنزلة
النذر عرفا وعادة لانا لا نجد في العرف فقيرا اشترى شيئا للاضحية الا ويضحي بها لا محالة فكان بها ملتزما
ولو اضجعها ليذبحها في يوم النحر فاضطربت فانكسرت رجلها فذبحها اجزاه استحسانا خلافا لزفر
والشافعي لان حالة الذبح ومقدماته ملحق بالذبح فصار كانه تعيب بالذبح حكما وكذا لو تعيبت في هذه
الحالة فانفلتت ثم اخذت من فوره وكذا بعد فوره عند محمد خلافا لابي يوسف لانه حصل بمقدمات
الذبح **قال رحمه** والاضحية من الابل والبقر والغنم لان جواز التضحية بهذه الاشياء عرفت شرعا بالنص
على خلاف القياس فيقتصر عليها ويجوز بالجاموس لانه نوع من البقر بخلاف بقر الوحش حيث لا يجوز
التضحية بها لان جوازها عرف بالشرع في البقر الاهلي دون الوحشي والقياس ممتنع وفي المتولد منهما
يعتبر الام وكذا في حق الحل تعتبر الام **قال رحمه** وجاز الثني من الكل والجذع من الضان لقوله عليه السلم
لا تذبحوا الا مسنة الا ان يعسر عليكم فتذبحوا جذعة من الضان رواه البخاري ومسلم واحمد وجماعة
اخر وقال عليه السلم نعمت الاضحية الجذع من الضان رواه احمد وقال عليه السلم يجوز الجذع من الضان
اضحية رواه احمد وابن ماجة وقالوا هذا اذا كان الجذع عظيما بحيث لو خلط بالثنيان لاشتبه على
الناظر من بعيد والجذع من الضان ما تمت له ستة اشهر عند الفقهاء وذكر الزعفراني انه ابن سبعة اشهر
والثني من الضان والمعز ابن سنة ومن البقر ابن سنتين ومن الابل ابن خمس سنين وفي المغرب الجذع
من البهائم قبل الثني الا انه من الابل قبل السنة الخامسة ومن البقر والشاة في السنة الثالثة ومن الخيل
الرابعة وعن الزهري الجذع من المعز لسنة ومن الضان لثمانية اشهر **قال رحمه** وان مات احد السبعة
وقال الورثة اذبحوا عنه وعنكم صح وان كان شريك الستة نصرانيا او مريدا اللحم لم يجز عن واحد منهم
ووجه الفرق ان البقرة تجوز عن سبعة بشرط قصد الكل القربة واختلاف الجهات فيها لا يضر كالقران
والمتعة والاضحية لاتحاد المقصود وهو القربة وقد وجد هذا الشرط في الوجه الاول لان التضحية
عن الغير عرفت قربة لانه عليه السلم ضحى عن امته ولم توجد القربة في الوجه الثاني لان النصراني ليس من
اهلها وكذا قصد اللحم من المسلم ينافيها واذا لم يقع البعض قربة خرج الكل من ان يكون قربة لان الاراقة
لا تتجزى وهذا استحسان والقياس ان لا يجوز وهو رواية عن ابي يوسف لانه تبرع بالاتلاف فلا يجوز عن غيره
كالاعتاق عن الميت قلنا القربة تقع عن الميت كالتصدق لما روينا بخلاف الاعتاق لان فيه الزام الولاء
الميت ولو كان بعض الشركاء صغيرا او ام ولد بان ضحى عن الصغير ابوه وعن ام الولد مولاها وان لم تجب
عليهم لان كلها وقعت قربة ولو ذبحوها بغير اذن الورثة فيما اذا مات احدهم لا يجزيهم لان
بعضها لم يقع قربة بخلاف ما تقدم لوجود الاذن من الورثة **قال رحمه** وياكل من لحم الاضحية ويوكل
غنيا ويدخر لما روي انه عليه السلم نهى عن اكل لحوم الضحايا بعد ثلاث ثم قال بعد كلوا وتزودوا وادخروا
رواه مسلم والنسائي وقال عليه السلم فيه بعد النهي عن الادخار كلوا واطعموا وادخروا الحديث رواه مسلم
والبخاري واحمد والنصوص فيه كثيرة وعليه اجماع الامة ولانه لما جاز ان ياكل عنه هو وهو غني فاولى
ان يجوز له اطعام غيره وان كان غنيا **قال رحمه** وندب ان لا ينقص الصدقة من الثلث لان الجهات ثلاث

وتتعين الاضحية بالشراء على الفقير عند الثلاثة
بل تتعين بايجابه

اي اذا كانت الام وحشية لا يجوز وان كانت اهلية
يجوز ولو نزى كلب على شاة فولدت قال بعض
العلماء لا يجوز وقال الامام الخرخري ان كان
يشبه الام يجوز والا لا ولو نزى شاة على ظبي
قال الامام الخرخري العبرة للمشابهة

يعني كل واحد طعن في السن
الذي بعده وفي الظبية
ما تم عليها اربعة احوال
هـ

اي اذا اشترى سبعة بدنة ليضحوا بها
ثم مات احد السبعة قبل الذبح وقال
الورثة وهم كبار اذبحوا عنه وعنكم

الاطعام والاكل والادخار لما روينا ولقوله تعالى واطعموا القانع والمعتر اى السائل والمعترض للسؤال فانقسم عليها اثلاثا وهذا فى الاضحية الواجبة والسنة سواء اذا لم تكن واجبة بالنذر وان وجبت بالنذر فليس لصاحبها ان ياكل منها شيئا ولا ان يطعم غيره من الاغنياء سواء كان الناذر غنيا او فقيرا لان سبيلها التصدق وليس للمتصدق ان ياكل من صدقته ولا ان يطعم الاغنياء قال رحمه الله ويتصدق بجلدها او يعمل منه نحو غربال وجراب لانه جزء منها فكان له التصدق والانتفاع به الا ترى ان له ان ياكل لحمها ولا باس بان يشترى به ما ينتفع بعينه مع بقائه استحسانا وذلك مثل ما ذكرنا لان البدل حكم المبدل ولا يشترى به ما لا ينتفع به الا بعد الاستهلاك نحو اللحم والطعام ولا يبيعه بالدراهم لينفق الدراهم على نفسه وعياله والمعنى فيه ان لا يتصرف على قصد التمول واللحم بمنزلة الجلد فى الصحيح حتى لا يبيعه بما لا ينتفع به الا بعد الاستهلاك ولو باعها بالدراهم ليتصدق بها جاز لانه قربة كالتصدق بالجلد واللحم وقوله عليه السلام من باع جلد اضحيته فلا اضحية له يفيد كراهية البيع واما البيع فجائز لوجود الملك والقدرة على التسليم ولا يعطى اجر الجزار منها شيئا لقوله عليه السلام لعلى رضى الله عنه تصدق بجلالها وخطامها ولا تعط اجر الجزار منها شيئا والنهى عنه نهى عن البيع لانه فى معنى البيع لانه ياخذه بمقابلة عمله فصار معاوضة كالبيع ويكره ان يجز صوفها قبل الذبح لينتفع به لانه التزم اقامة القربة بجميع اجزائها بخلاف ما بعد الذبح لان القربة اقيمت بها والانتفاع بعدها مطلق له ويكره له الانتفاع بلبنها كما فى الصوف ومن اصحابنا من اجاز الانتفاع للغنى بلبنها وصوفها لان الواجب فى حقه فى الذمة فلا يتعين قال رحمه الله ويندب ان يذبح بيده ان علم ذلك لان الاولى فى القرب ان يتولاها الانسان بنفسه وان امر به غيره فلا يضره لانه عليه السلام ساق مائة بدنة فنحر منها بيده نيفا وستين ثم اعطى الحربة لعلى فنحر الباقى وان كان لا يحسن ذلك فالافضل ان يستعين بغيره كيلا يجعلها ميتة ولكن ينبغى له ان يشهدها بنفسه لقوله عليه السلام لفاطمة قومى فاشهدى اضحيتك فانه يغفر لك باول قطرة من دمها كل ذنب قال رحمه الله وكره ذبح الكتابى لانه قربة وهو ليس من اهلها ولو امره فذبح جاز لانه من اهل الذكاة والقربة اقيمت بنيابته ونيته بخلاف ما اذا امر المجوسى لانه ليس من اهل الذكاة فكان افسادا لا تقربا قال رحمه الله ولو غلطا وذبح كل اضحية صاحبه صح ولا يضمنان وهذا استحسان والقياس ان لا تجزئ الاضحية ويضمن كل واحد منهما لصاحبه وهو قول زفر لانه متعد بالذبح بغير امره فيضمن كما اذا ذبح شاة اشتراها القصاب والتضحية قربة فلا تتادى بنية غيره وجه الاستحسان انها تعينت للذبح لتعينها للاضحية حتى وجب عليه ان يضحى بها بعينها فى ايام النحر ويكره ان يبدل بها غيرها فصار المالك مستعينا بمن يكون اهلا للذبح فصار ماذونا له دلالة لانها تفوت بمضى هذه الايام ويخاف ان يعجز عن اقامتها بعارض يعتريه فصار كما اذا ذبح شاة شد القصاب رجلها وكيف لا ياذن له وفيه مسارعة الى الخير وتحقيق ما عينه ولا يبالى بفوات مباشرته وشهوده لحصول ما هو اعظم من ذلك وهو ما بيناه فيصير اذنا دلالة وهو كالصريح ومن هذا الجنس مسائل استحسانية لاصحابنا ذكرناها فى الاحرام عن الغير ثم اذا جاز ذلك فيهما ياخذ كل واحد منهما اضحيته ان كانت باقية ولا يضمنه لانه وكيله فان كان كل واحد منهما اكل ما ذبحه حلل كل واحد منهما صاحبه فيجزيه لانه لو اطعمه الكل فى الابتداء يجوز وان كان غنيا فكذا له ان يحلله فى الانتهاء وان تشاحا كان لكل واحد منهما ان يضمن صاحبه قيمة لحمه ثم يتصدق بتلك القيمة لانه بدل عن اللحم فصار كما لو باع اضحيته وهذا لان التضحية لما وقعت عن المالك كان اللحم له ومن اتلف لحم اضحية غيره كان الحكم ما ذكرناه وذكر فى المحيط مطلقا من غير قيد فقال ذبح اضحية غيره بلا امره جاز استحسانا ولا يضمن لانه فى العرف يتولى صاحب التضحية ذبحها بنفسه بل يفوض

الى غيره فصار ماذونا بالدلالة كالقصاب اذا شد رجل شاة للذبح فذبحها انسان بغير امره لا يضمن ولو باع اضحيته واشترى بثمنها غيرها فان كان الثانى انقص من الاول يتصدق بما فضل ومن غصب شاة فضحى بها ضمن قيمتها وجاز عن اضحيته لانه ملكها بالغصب السابق بخلاف ما لو كانت وديعة لانه يضمنها بالذبح فلم يثبت له الملك الا بعده ولو ذبح اضحية غيره بغير امره عن نفسه فان ضمنه المالك قيمتها تجوز عن الذابح دون المالك لانه ظهر ان الاراقة حصلت على ملكه على ما بينا فى المغصوبة وان اخذها مذبوحة اجزأت المالك عن التضحية لانه قد نواها فلا يضره ذبح غيره على ما بيناه والله اعلم

كتاب الكراهية

هى ضد الارادة والرضا فى اللغة قال رحمه الله المكروه الى الحرام اقرب ونص محمد رحمه الله ان كل مكروه حرام وانما لم يطلق عليه لفظ الحرام لانه لم يجد فيه نصا وعن ابى حنيفة وابى يوسف انه الى الحرام اقرب لقبه بباب الكراهية وفيه غير مكروه لان بيان المكروه اهم لوجوب الاحتراز عنه والقدورى لقبه بالحظر والاباحة وهو صحيح لان الحظر المنع والاباحة الاطلاق وفيه بيان ما اباح الشرع وما منع ولقبه بعضهم بالاستحسان لان فيه بيان ما حسنه الشرع وقبحه ولفظة الاستحسان احسن فلقبه به اولان اكثر مسائله استحسان لا مجال للقياس فيها وبعضهم لقبه بكتاب الزهد والورع لان كثيرا من مسائله اطلقه الشرع والزهد والورع تركها وهذا الكتاب يشتمل على فصول

فصل فى الاكل والشرب

قال رحمه الله كره لبن الاتان لان اللبن متولد من اللحم فصار مثله وكذا لبن الخيل يكره عند ابى حنيفة رحمه الله كلحمه عنده ذكره قاضيخان فى فتاواه ولا تؤكل الجلالة ولا يشرب لبنها لانه عليه السلام نهى عن اكلها وشرب لبنها والجلالة هى التى تعتاد اكل الجيف والنجاسات ولا تخلط فيتغير لحمها فيكون منتنا ولو حبست حتى يزول النتن حل ولم يقدر لذلك مدة فى الاصل وقدره فى النوادر بثلاثة وقيل باربعين يوما فى الابل وبعشرين يوما فى البقر وبعشرة ايام فى الشاة وثلاثة ايام فى الدجاجة اما التى تخلط بان تتناول النجاسات والجيف وتتناول غيرها على وجه لا يظهر اثر ذلك فى لحمها فلا باس به ولهذا حل اكل جدى غذى بلبن الخنزير لان لحمه لا يتغير وما غذى به يصير مستهلكا لا يبقى له اثر وعلى هذا قالوا لا باس باكل الدجاج لانه يخلط ولا يتغير لحمه وروى انه عليه السلام كان ياكل الدجاج وما روى ان الدجاج يحبس ثلاثة ايام ثم يذبح فذلك على سبيل التنزه لا انه شرط ولو سقى ما يؤكل لحمه خمرا فذبح من ساعته حل اكله ويكره قال رحمه الله والاكل والشرب والادهان والتطيب من اناء ذهب وفضة للرجل والمرأة لما روى عن حذيفة رضى الله عنه انه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا تلبسوا الحرير ولا الديباج ولا تشربوا فى انية الذهب والفضة ولا تاكلوا فى صحافهما فانها لهم فى الدنيا ولكم فى الاخرة رواه البخارى ومسلم واحمد وعن ام سلمة رضى الله عنها ان النبى صلى الله عليه وسلم قال ان الذى يشرب فى اناء الفضة انما يجرجر فى بطنه نار جهنم رواه مسلم وقال عليه السلام الذى ياكل ويشرب فى اناء الذهب والفضة انما يجرجر فى بطنه نار جهنم رواه مسلم وعن عائشة رضى الله عنها ان النبى صلى الله عليه وسلم قال فى الذى يشرب فى اناء فضة كانما يجرجر فى بطنه نار جهنم رواه احمد وابن ماجة وعن البراء بن عازب رضى الله عنه انه قال نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الشرب فى الفضة فانه من شرب فيها فى الدنيا لم يشرب فيها فى الاخرة رواه مسلم فاذا ثبت ذلك فى الشرب والاكل فكذا فى التطيب وغيرهما لانه مثله فى الاستعمال فيكون الوارد فيهما واردا فيما هو بمعناهما دلالة لما عرف فى موضعه ولانها تنعم بنعم المترفين والمشركين وتشبه بهم وقد قال الله تعالى اذهبتم طيباتكم فى حياتكم الدنيا وقال عليه السلام من تشبه بقوم فهو منهم والمراد بقوله كره التحريم ويستوى فيه الرجال والنساء لاطلاق ما روينا وكذا الاكل بملعقة الذهب والفضة والاكتحال بميلهما وما اشبه ذلك من الاستعمال ومعنى يجرجر يردد من جرجر الفحل اذا ردد صوته فى حنجرته

جازت التضحية بالشاة المغصوبة

الجلالة التى تعتاد اكل ...

وقال في النهاية قيل صورة الادهان المحرم هو ان ياخذ انية الذهب والفضة ويصب الدهن على الراس
اما اذا ادخل يده فيها واخذ الدهن ثم صبه على الراس من اليد لا يكره قال كذا ذكره في الذخيرة قال رحمه الله
ومن رصاص وزجاج وبلور وعقيق اي لا يكره استعمال الاواني من هذه الاشياء وقال الشافعي يكره لانه
في معنى الذهب والفضة في التفاخر به قلنا لا نسلم ولئن كانت عادة بعضهم جارية بالتفاخر في غير الذهب
والفضة فلم تكن هذه الاشياء في معناهما فامتنع الالحاق بهما وبجواز استعمال الاواني من الصفر لما روي
عن عبد الله بن يزيد انه قال اتانا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخرجنا له ماء في تور من صفر فتوضا رواه
البخاري وابو داود وغيرهما ويمكن ان نستدل به على اباحة غير الذهب والفضة لانه في معناه بل عينه
قال رحمه الله وحل الشرب من اناء مفضض والركوب على سرج مفضض والجلوس على كرسي مفضض ويتقي موضع
الفضة اي يتقي موضعها بالفم وقيل بالفم واليد في الاخذ وفي الشرب وفي السرج والكرسي موضع الجلوس
وكذا الاناء المضبب بالذهب والفضة وكذا الكرسي المضبب بهما وكذا لو جعل ذلك في نصل السيف
والسكين او في قبضتهما او لم يضع يده في موضع الذهب والفضة وكذا اذا جعل ذلك في المسجد
او حلقة المراة او جعل المصحف مذهبا او مفضضا وكذا المفضض من اللجام والركاب والثفر لا يكره
وكذا الثوب اذا كان فيه كتابة بذهب او فضة وهذا كله عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف يكره ذلك
كله وقول محمد يروى مع ابي حنيفة ومع ابي يوسف وهذا الاختلاف فيما يخلص واما التمويه الذي لا يخلص
فلا باس به بالاجماع لانه مستهلك فلا عبرة ببقائه لونا لابي يوسف ما روي عن ابن عمر انه عليه السلام قال من شرب
في اناء ذهب او فضة او اناء فيه شيء من ذلك فانما يجرجر في بطنه نار جهنم رواه الدارقطني واحتج ايضا
بما روينا من الاخبار لانها مطلقة غير مقيدة بشيء من ذلك ولان من استعمل اناء كان مستعملا لكل جزء منه
فيكره كما اذا استعمل موضع الذهب والفضة ولابي حنيفة رحمه الله ما روي عن انس ان قدح النبي صلى الله عليه وسلم
انكسر فاتخذ مكان الشعب سلسلة من فضة رواه البخاري ولاحمد عن عاصم الاحول قال رايت عند انس قدح
النبي صلى الله عليه وسلم فيه ضبة فضة ولان الاستعمال قصد الجزء الذي يلاقيه العضو وما سواه تبع
له في الاستعمال فلا يكره قصدا كالجبة المكفوفة بالحرير والعلم في الثوب ومسمار الذهب في فص الخاتم
وكالعمامة المعلمة بالذهب وروي ان هذه المسئلة وقعت في مجلس ابي جعفر الدوانقي وابو حنيفة وائمة
عصره حاضرون فقالت الائمة يكره وابو حنيفة ساكت فقيل له ما تقول فقال ان وضع فاه في موضع
الفضة يكره والا فلا فقيل له من اين لك فقال ارايت لو كان في اصبعه خاتم فضة فشرب من كفه ايكره
ذلك فوقف الكل وتعجب ابو جعفر من جوابه قال رحمه الله ويقبل قول الكافر في الحل والحرمة وهذا سهو لان
الحل والحرمة من الديانات ولا يقبل قول الكافر في الديانات وانما يقبل قوله في المعاملات خاصة للضرورة
ولان خبره صحيح لصدوره عن عقل ودين يعتقد فيه حرمة الكذب والحاجة ماسة الى قبول قوله
لكثرة وقوع المعاملات ولا يقبل في الديانات لعدم الحاجة الا اذا كان قبوله في المعاملات يتضمن
في الديانات فحينئذ تدخل الديانات في ضمن المعاملات فيقبل قوله فيها ضرورة وكم من شيء يثبت
ضمنا وان لم يصح قصدا الا ترى ان بيع الشرب وحده لا يجوز وتبعا للارض يجوز فكذا هنا بيانه اذا
[illegible] خادم او اجير مجوسي فارسله ليشتري لحما فقال اشتريته من يهودي او نصراني [illegible]
اكله وان قال اشتريته من مجوسي لا يسعه اكله لانه لما قبل في حق الشراء منه لزم قبوله في حق الحل
والحرمة ضرورة لما ذكرنا وان كان لا يقبل قوله فيه قصدا بان قال هذا حلال او حرام قال رحمه الله والمملوك
والصبي في الهدية والاذن والفاسق في المعاملات اي خبر هؤلاء يقبل فيما ذكره واصله ان المعاملة
يقبل فيها خبر كل مميز حرا كان او عبدا مسلما كان او كافرا صغيرا كان او كبيرا لعموم الضرورة الداعية

الى سقوط اشتراط العدالة فان الانسان قلما يجد المستجمع لشرائط العدالة ليعامله او يستخدمه
ويبعثه الى وكلائه ونحو ذلك ولا دليل مع السامع يعمل به سوى الخبر فلو لم يقبل خبره لامتنع باب
المعاملات ووقعوا في حرج عظيم وبابه مفتوح ولان المعاملات ليس فيها الزام واشتراط العدالة للالزام
فلا معنى لاشتراطها فيها لان الحال فيها حال مسالمة لا حال منازعة حتى يخاف فيه التزاوير والاشتغال
بالاباطيل ولان المعاملات اكثر وقوعا فاشتراط العدالة فيها يؤدي الى الحرج فيشترط فيها التمييز
لا غير فاذا قبل فيها قول المميز وكان في ضمن قبول قوله فيها قبوله في الديانات يقبل قوله في الديانات
ضمنا لما ذكرنا حتى اذا قال مميز هذا اهدى اليك فلان او قالت جارية لرجل بعثني مولاي اليك
هدية وسعه الاخذ والاستعمال حتى حل له الوطء بذلك الخبر لان الحل والحرمة وان كانت من الديانات
صارت تبعا للمعاملات فتثبت بثبوت المعاملات ولان كل معاملة لا تخلو عن ديانة فلو لم يقبل فيها
في ضمن المعاملات لادى الى الحرج وكان ينسد باب المعاملات بالكلية وهو مفتوح فيقبل قول المميز فيها
ضرورة بخلاف الديانات المقصودة لانها لا يكثر وقوعها كالمعاملات فلا حرج في اشتراط العدالة ولا
حاجة الى قبول قول الفاسق لانه متهم فيها وكذا الكافر والصغير متهمان ولانهما لا يلتزمان الحكم فليس
لهما ان يلزما غيرهما بخلاف المعاملة لانها جائزة معهما ومن ضرورة جوازها معهما قبول قولهما لانها لا تتهيا
الا بقبول قولهما ولا يقبل في الديانات قول المستور في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة انه يقبل فيها بناء على ما
شاهد من اهل عصره لان الصلاح كان غالبا فيه ولهذا اجاز القضاء بشهادته والظاهر انه كالفاسق حتى يعتبر
في خبره في الديانات اكبر الراي كما في الفاسق لظهور الفساد في زماننا ويقبل قول العبيد والاماء اذا كانوا
عدولا لترجح جانب الصدق كخبر الحر اذا كان عدلا ومن المعاملات التوكيل والاذن في التجارة وكل شيء
ليس فيه الزام ولا ما يدل على النزاع فان كان فيه شيء من ذلك لا يقبل فيه خبر الواحد على ما نبينه في فصل
البيع من هذا الكتاب ومن الديانات الاخبار بنجاسة الماء حتى اذا اخبره عدل انه نجس يتيمم ولا يتوضا وان
كان المخبر فاسقا تحرى فيه وكذا اذا كان مستورا في الصحيح فان غلب على ظنه انه صادق يتيمم ولا يتوضا به
وان اراقه ثم تيمم كان احوط لان التحري مجرد الظن فلا يسقط به احتمال الكذب فيه بخلاف خبر العدل
لانه لا يحتمل الكذب فلا حاجة الى الاراقة معه ولو كان اكبر رايه انه كاذب يتوضا ولا يتيمم لترجح
جانب الكذب وهذا جواب الحكم واما الاحتياط فانه يتيمم لان التحري مجرد ظن فلا يمنع احتمال صدقه
ومن الديانات الحل والحرمة المقصودان وان لم يكن فيهما زوال الملك وحاصله ان محل الخبر انواع احدها
[illegible] فيما ليس فيه عقوبة فيشترط فيه العدالة لا غير والثاني فيما فيه عقوبة فهو كالاول عند ابي يوسف
[illegible] اختيار الخصاف خلافا لابي الحسن الكرخي حيث يشترط فيه التواتر عنده وشهر رمضان من القسم الاول
الثالث حقوق العباد فيما فيه الزام من كل وجه فيشترط فيه العدالة والعدد ولفظة الشهادة والحرية
الرابع حقوق العباد فيما فيه الزام من وجه دون وجه فيشترط فيه احد شطري الشهادة اما العدد او العدالة
عند ابي حنيفة خلافا لهما حيث يقبل فيها عندهما خبر كل مميز والخامس المعاملات فيقبل فيها خبر كل مميز
على ما [illegible] وقد بينا امثلة كل قسم في موضعه من كتاب النكاح ومن كتاب الوكالة والشهادة قال رحمه الله
ومن دعي الى وليمة وثمة لعب وغناء يقعد وياكل اي اذا احدث اللعب والغناء بعد حضوره
يقعد وياكل ولا يتركه ولا يخرج لان اجابة الدعوة سنة قال عليه السلام من لم يجب الدعوة فقد عصى
ابا القاسم فلا يتركها لما اقترن بها من البدعة من غيره كصلاة الجنازة لا يتركها لاجل النائحة فان قدر على
المنع منعهم وان لم يقدر يصبر لقوله عليه السلام من راى منكم منكرا فليغيره بيده فان لم يستطع فبلسانه
فان لم يستطع فبقلبه وذلك اضعف الايمان وقال ابو حنيفة ابتليت بهذا مرة وهذا اذا لم يكن مقتدى به

فان كان مقتدى به ولم يقدر على منعهم يخرج ولا يقعد لان في ذلك شين الدين وفتح باب المعصية على
المسلمين والمحكي عن ابي حنيفة كان قبل ان يصير مقتدى به وان كان ذلك على المائدة فلا يقعد لقوله تعالى
فلا تقعد بعد الذكرى مع القوم الظالمين وان كان هناك لعب وغنا قبل ان يحضرها فلا يحضرها لانه لا يلزمه
اجابة الدعوة اذا كان هناك منكر وقال علي رضي الله عنه صنعت طعاما ودعوت رسول الله صلى الله عليه وسلم
فجاء فراى في البيت تصاوير فرجع رواه ابن ماجة وعن ابن عمر انه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن مطعمين
عن الجلوس على مائدة يشرب عليها الخمر وان ياكل وهو منبطح رواه ابو داود ودلت المسئلة على ان الملاهي
كلها حرام حتى التغني بضرب القضيب وكذا قول ابي حنيفة ابتليت يدل على ذلك لان الابتلا يكون بالمحرم
وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ليكونن من امتي اقوام يستحلون الخز والحرير والخمر والمعازف اخرجه البخاري
وفي لفظ ليشربن ناس من امتي الخمر يسمونها بغير اسمها يعزف على رؤسهم بالمعازف والمغنيات يخسف الله
بهم الارض ويجعل منهم القردة والخنازير رواه ابن ماجة واختلفوا في التغني المجرد قال بعضهم انه حرام
مطلقا والاستماع اليه معصية لاطلاق ما روينا وهو اختيار شيخ الاسلام ولو سمع بغتة فلا اثم عليه
ومنهم من قال لا باس بان يتغنى ليستفيد به فهم القوافي والفصاحة ومنهم من قال يجوز التغني لدفع الوحشة
اذا كان وحده ولا يكون على سبيل اللهو واليه مال شمس الائمة السرخسي لانه يروى ذلك عن بعض الصحابة
رضي الله عنهم ولو كان في ذلك الشعر حكم او فقه لا يكره وكذا لو كان فيه ذكر امراة غير معينة وكذا لو كانت
معينة وهي ميتة وان كانت حية يكره

فصل في اللبس

قال رحمه الله ويحرم للرجل لا للمراة لبس الحرير الا قدر اربعة اصابع اي يحرم على الرجل لا على المراة لبس الحرير الا ما استثنى يعني على قال الله تعالى وان استثنى
كلها اي فعليها او انما حرم لبس الحرير على الرجال دون النساء لما روي عن ابي موسى الاشعري ان النبي صلى الله
عليه وسلم احل الذهب والحرير للاناث من امته وحرم على ذكورها رواه احمد والنسائي والترمذي وصححه
وعن عمر رضي الله عنه انه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا تلبسوا الحرير فانه من لبسه في الدنيا
لم يلبسه في الاخرة وعن انس مثله عن النبي صلى الله عليه وسلم رواه البخاري ومسلم واحمد الا ان البيبر عفو
مقدار اربع اصابع كما ذكر هنا لما روي عن عمر رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن لبس الحرير
الا هكذا ورفع لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم السبابة والوسطى وضمهما رواه احمد ومسلم والبخاري
وفي لفظ نهى عن لبس الحرير الا موضع اصبعين او ثلاثة او اربعة رواه مسلم واحمد وابو داود وجماعة اخر
وعن اسماء انها اخرجت جبة طيالسية لها لبنة ديباج كسرواني وفرجيها مكفوفين به وقالت هذه
جبة رسول الله صلى الله عليه وسلم كانت عند عايشة رضي الله عنها فلما قبضت عايشة قبضتها الي فنحن نغسلها
للمريض فنستشفي بها رواه احمد ومسلم ولم يذكر لفظة الشفا وعن معاوية رضي الله عنه نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم
عن ركوب النمار وعن لبس الحرير الا مقطعا رواه احمد وابو داود والنسائي وكذا الثوب المنسوج بالذهب
لا يكره اذا كان قدر اربع اصابع وان كان اكثر من ذلك يكره وقال في المحيط وكذا التكة الحرير ولبنة وجيب
القبا لا يحل للرجال لانه استعمال تام

قال رحمه الله وحل توسده وافتراشه وهذا عند ابي حنيفة وقالا
يكره لان ذلك ذكره في الجامع الصغير وذكر القدوري قول ابي يوسف مع محمد وذكر ابو الليث قول
محمد لما روي عن حذيفة انه عليه السلام نهانا ان نشرب في انية الذهب والفضة وان ناكل فيها وعن لبس
الحرير والديباج وان نجلس عليه رواه البخاري وعن علي رضي الله عنه قال نهاني رسول الله صلى الله عليه وسلم
عن الجلوس على المياثر والمياثر شيء كانت تصنعه النساء لبعولتهن على الرحل كالقطايف من الارجوان
رواه مسلم والنسائي وقال سعد بن ابي وقاص لان اتكي على جمر الغضا احب الي من ان اتكي على مرافق الحرير
وعن علي رضي الله عنه انه اتي بدابة على سرجها حرير فقال هذا لهم في الدنيا ولنا في الاخرة ولان التنعم بالنوم

والافتراش مثل التنعم باللبس وهو زي الاكاسرة والتشبه بهم حرام قال عمر رضي الله عنه اياكم وزي الاعاجم
ولابي حنيفة رحمه الله ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم جلس على مرفقة حرير ولان القليل من الملبوس مباح
كالاعلام فكذا القليل من اللبس والاستعمال والجامع بينهما كون كل واحد منهما نموذجا ونظيره انكشاف
العورة في الصلاة فان القليل منه لا يفسد فكذا الكثير في زمن قليل على ما عرف في موضعه وهذا
بخلاف كرسي الذهب او الفضة حيث لا يجوز ان يقعد عليه لانه استعمال تام في حقه اذ هو لا يلبس
فلا يكون نموذجا لان عين الشيء لا يكون نموذجا له انما يكون نموذجا اذا كان شيئا يسيرا منه

قال رحمه الله ولبس ما سداه حرير ولحمته قطن او خز لان الصحابة رضي الله عنهم كانوا يلبسون الخز والخز اسم
للمسدى بالحرير ولان الثوب لا يصير ثوبا الا بالنسج والنسج باللحمة فكانت هي المعتبرة او نقول لا
يكون ثوبا الا بهما فتكون العلة ذات وجهين فيعتبر احدهما وهو اللحمة ولان اللحمة هي التي تظهر
في المنظر فيكون العلة لما يظهر دون ما يخفى

قال رحمه الله وعكسه حل في الحرب فقط اراد به عكس المذكور
وهو ان تكون لحمته حريرا وسداه غيره وهو لا يجوز الا في الحرب لما ذكرنا لان العبرة للحمة غير ان في الحرب
ضرورة ولا يجوز لبس الحرير الخالص في الحرب عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يجوز لما روي انه عليه السلام
رخص لبس الحرير والديباج في الحرب ولان فيه ضرورة فان الخالص منه ادفع لمضرة السلاح واهيب
في عين العدو لبريقه ولابي حنيفة اطلاق النصوص الواردة في النهي عن لبس الحرير لانه لا تفصيل
فيها بين حال وحال والضرورة اندفعت بالمخلوط الذي لحمته حرير فلا حاجة الى الخالص فحاصله
انه ثلاثة انواع اما حرير خالص او مخلوط وهو نوعان اما ان يكون الحرير سدى او لحمة وقد ذكرنا
حكم كل واحد منهما بتوفيق الله تعالى وقال ابو يوسف اكره ثوب القز يكون بين الظهارة والبطانة ولا
ارى بحشو القز باسا لان الحشو غير ملبوس فلا يكون ثوبا

قال رحمه الله ولا يتحلى الرجل بالذهب والفضة
الا الخاتم والمنطقة وحلية السيف من الفضة لما روينا غير ان الخاتم والمنطقة وحلية السيف من
الفضة مستثنى تحقيقا لمعنى النموذج والفضة اغنت عن الذهب لانهما من جنس واحد وقد ورد اثار
في جواز التختم بالفضة وكان للنبي صلى الله عليه وسلم خاتم فضة وكان في يده الى ان توفي ثم في يد ابي بكر
الى ان توفي ثم في يد عمر الى ان توفي ثم في يد عثمان الى ان وقع من يده في البير فانفق مالا عظيما في طلبه
فلم يجده ووقع الخلاف فيه والتشويش بينهم من ذلك الوقت الى ان استشهد رضي الله عنه ولا يتختم
بغير الفضة كالحجر والحديد والصفر لما روي انه عليه السلام راى على رجل خاتم صفر فقال مالي اجد عليك
ريح الاصنام وراى على اخر خاتم حديد فقال مالي ارى عليك حلية اهل النار وروي عن ابن عمر
ان رجلا جلس الى النبي صلى الله عليه وسلم وعليه خاتم ذهب فاعرض عنه فقام ثم عاد وعليه خاتم حديد
فقال عليه السلام هذا اشر منه هذه حلية اهل النار ومن الناس من اطلق التختم بحجر يقال له يشب لانه
ليس بحجر اذ ليس له ثقل الحجر والتختم بالذهب حرام لما روينا وعن علي رضي الله عنه انه عليه السلام نهى عن
التختم بالذهب ولان الاصل فيه التحريم والاباحة ضرورة التختم والنموذج وقد اندفعت بالادنى وهو الفضة
والحلقة هي المعتبرة لان قوام الخاتم بها ولا معتبر بالفص حتى يجوز من الحجر ويجعل الفص الى باطن كفه
بخلاف النسوان لانه للزينة في حقهن والاولى ان لا يتختم اذا كان لا يحتاج اليه وان كان يحتاج الى الختم
كالقاضي والسلطان يتختم به اذا كان من فضة ولا باس بمسمار الذهب يجعل في حجر الفص اي في ثقبه لانه
تابع كالعلم فلا يعد لابسا له ولا يزيد وزنه على مثقال لقوله عليه السلام اتخذه من ورق ولا تزده
على مثقال

قال رحمه الله والافضل لغير السلطان والقاضي ترك التختم وحرم التختم بالحجر والحديد والصفر والذهب
وحل مسمار الذهب يجعل في حجر الفص وقد بينا جميع ذلك

قال رحمه الله وشد السن بالفضة اي حل شد السن

المتحرك بالفضة ولا يحل بالذهب وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يحل بالذهب ايضا وهو
رواية عنهما لما روي ان عرفجة بن سعد اصيب انفه يوم الكلاب فاتخذ انفا من فضة فانتن فامره
النبي صلى الله عليه وسلم ان يتخذ انفا من ذهب ولان الفضة والذهب من جنس واحد والاصل الحرمة فيهما
فاذا احل التضبيب باحدهما حل بالاخر ووجه المذكور هنا ان استعمالهما حرام الا للضرورة وقد زالت
بالادنى وهو الفضة فلا حاجة الى الاعلى فبقي على الاصل وهو الحرمة والضرورة فيما روي لم تندفع
بالفضة حيث انتنت ولان كلامنا في السن والمروي في الانف فلا يلزم من عدم الاغناء في الانف عدم الاغناء
في السن الا ترى ان التختم جائز لاجل الختم ولما وقع الاستغناء بالادنى لا يصار الى الاعلى ولا يجوز قياسه
على الانف فكذا هنا ويحتمل انه عليه السلام خص عرفجة بذلك كما خص زبير بن العوام وعبد الرحمن
بن عوف بلبس الحرير لاجل الحكة في جسمهما قال رحمه الله وكره الباس ذهب وحرير صبيا لان التحريم لما ثبت
في حق الذكور وحرم اللبس حرم الالباس ايضا كالخمر لما حرم شربها حرم سقيها الصبي وكذا الميتة والدم
قال رحمه الله والخرقة لوضوء ومخاط والرتم اي لا تكره الخرقة لوضوء ولا الرتم وفي الجامع الصغير يكره
حمل الخرقة التي يمسح بها العرق لانها بدعة محدثة وتشبه بزي الاعاجم ولم يكن النبي صلى الله عليه وسلم
يفعل ذلك ولا احد من اصحابه ولا من التابعين وانما كانوا يتمسحون باطراف ارديتهم وفيها نوع تجبر
وتكبر والصحيح انها لا تكره ولا الرتم لان المسلمين قد استعملوا في عامة البلدان مناديل الوضوء والخرق
لمسح العرق والمخاط وكل شيء يحتاج اليه وما رآه المؤمنون حسنا فهو عند الله حسن حتى لو حملها من غير حاجة
يكره كالتربع والاتكاء فانهما لا يكرهان اذا كانا للحاجة ويكرهان من غير حاجة والرتم هو الرتيمة وهي خيط
التذكر يعقد في الاصبع وكذلك الرتمة قال الشاعر اذا لم تكن حاجاتنا في نفوسكم فليس بمغن عنك عقد الرتائم
وقيل الرتم ضرب من الشجر وانشد ابن السكيت هل ينفعنك اليوم ان همت بهم كثرة ما توصي وتعقاد الرتم
وقال معناه ان الرجل اذا خرج الى سفر عمد الى هذا الشجر فشد بعض اغصانه ببعض فاذا رجع واصابه
على تلك الحالة قال لم تخني امرأتي واذا اصابه قد انحل قال خانتني هكذا المروي عن الثقات الا ان
الليث ذكر الرتم بمعنى الرتيمة كذا في المغرب ثم الرتيمة قد تشتبه بالتميمة على بعض الناس وهي
خيط كان يربط في العنق او في اليد في الجاهلية لدفع المضرة عن انفسهم بزعمهم وهو منهي عنه
وذكر في حدود الايمان انه كفر والرتيمة مباح لانها تربط للتذكر عند النسيان وليست كالتميمة
وقد روي انه عليه السلام امر بعض اصحابه بها ويتعلق بها غرض صحيح فلا تكره بخلاف التميمة فانه عليه السلام
قال فيها ان الرقى والتمائم والتولة شرك على ما يجيء بيانه وتاويل الرقى في اخر هذا الكتاب عند ذكر
التداوي بالحقنة ان شاء الله تعالى

فصل في النظر واللمس قال رحمه الله لا ينظر الى غير وجه الحرة
وكفيها وهذا الكلام فيه خلل لانه يؤدي الى ان لا ينظر الى شيء من الاشياء الا الى وجه الحرة وكفيها
فيكون تحريضا على النظر الى هذين العضوين والى ترك النظر الى كل شيء سواهما وليس هذا بمقصود
في هذه المسألة وانما المقصود فيها ان يجوز له النظر الى هذين العضوين لانه لا ... وانما جاز النظر
اليهما لقوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها قال علي وابن عباس رضي الله عنهم ما ظهر منها الكحل والخاتم
والمراد به موضعهما وهو الوجه والكف كما ان المراد بالصلاة في قوله تعالى لا تقربوا الصلاة ...
اي مواضعها ولان في ابدائهما ضرورة لحاجتها الى المعاملة مع الرجال اخذا واعطاء وغير ذلك من المخالطة
فيها ضرورة كالمشي في الطريق ونحو ذلك والاصل ان لا يجوز النظر الى المرأة لما فيه من خوف الفتنة
ولهذا قال عليه السلام المرأة عورة مستورة الا ما استثناه الشرع وهما العضوان وهذا يفيدان القدم
لا يجوز له النظر اليها وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يجوز لان في تغطيته بعض الحرج وعن ابي يوسف انه يباح النظر

الى ذراعيها ايضا لانه يبدو منها عادة وما عدا ما استثني من الاعضاء لا يجوز ان ينظر اليه لقوله عليه السلام
من نظر الى محاسن امرأة اجنبية عن شهوة صب في عينيه الآنك يوم القيامة قالوا ولا باس بالتأمل
في جسدها وعليها ثياب ما لم يكن ثوب يبين حجمها فيه فلا ينظر اليه حينئذ لقوله عليه السلام من تامل
خلق امرأة حتى يبين له حجم عظامها لم يرح رائحة الجنة ولانه متى لم يصف ثيابها ما تحتها من جسدها
يكون ناظرا الى ثيابها وقامتها دون اعضائها فصار كما اذا نظر الى خيمة فيها امرأة ومتى كان يصف
يكون ناظرا الى اعضائها قال رحمه الله ولا ينظر من اشتهى الى وجهها الا الحاكم والشاهد وينظر الطبيب
الى موضع مرضها والاصل فيه انه لا يجوز ان ينظر الى وجه امرأة اجنبية مع الشهوة لما روينا الا
للضرورة اذا تيقن بالشهوة او شك فيها وفي نظر القاضي اذا اراد ان يحكم عليها او الشاهد اذا اراد
الشهادة وفي نظر الطبيب الى موضع المرض ضرورة فيرخص لهم احياء لحقوق الناس ودفعا لحاجتهم
فصار كنظر الختان والخافضة وكذا ينظر الى موضع الاحتقان للمرض لانه مداواة وكذا للهزال
الفاحش لانه امارة المرض ويجب على الشاهد والقاضي ان يقصد اداء الشهادة والحكم لا قضاء الشهوة
تحرزا عن القبيح بقدر الامكان هذا وقت الاداء واما وقت التحمل فلا يجوز ان ينظر اليها مع الشهوة لانه
يوجد من لا يشتهي فلا حاجة اليه وينبغي للطبيب ان يعلم امرأة ان امكن لان نظر الجنس اخف وان لم يمكن
ستر كل عضو منها سوى موضع المرض ثم ينظر ويغض بصره عن غير ذلك الموضع ما استطاع لان ما ثبت
بالضرورة يتقدر بقدرها وكذا اذا اراد ان يتزوج امرأة فلا باس بان ينظر اليها وان خاف ان يشتهيها لقوله
عليه السلام للمغيرة بن شعبة حين خطب امرأة انظر اليها فانه احرى ان يؤدم بينكما رواه الترمذي
والنسائي وغيرهما ولان مقصوده اقامة السنة لا قضاء الشهوة ولا يجوز له ان يمس وجهها ولا كفيها
وان امن الشهوة لوجود الحرمة وانعدام الضرورة وقال عليه السلام من مس كف امرأة ليس منها بسبيل وضع
على كفه جمر يوم القيامة وهذا اذا كانت شابة تشتهى واما اذا كانت عجوزا لا تشتهى فلا باس بمصافحتها
ومس يدها لانعدام خوف الفتنة وقد روي ان ابا بكر رضي الله عنه كان يدخل على بعض القبائل التي
كان مسترضعا فيهم وكان يصافح العجائز وعن عبد الله بن الزبير رضي الله عنهما استأجر عجوزا لتمرضه وكانت
تكبس رجليه وتفلي رأسه وكذا اذا كان شيخا يأمن على نفسه وعليها وان كان لا يأمن عليها او على نفسه
لا يحل له مصافحتها لما فيه من التعريض للفتنة فحاصله انه يشترط لجواز المس ان يكونا كبيرين مأمونين
في رواية وفي رواية يكتفى بان يكون احدهما كبيرا مأمونا لان احدهما اذا كان لا يشتهي لا يكون اللمس
سببا للوقوع في الفتنة كالصغيرة ووجه الاولى ان الشاب اذا كان لا يشتهي بمس العجوز فالعجوز تشتهي
بمس الشاب لانها علمت عادة الجماع فيؤدي الى الاشتهاء من احد الجانبين وهو حرام بخلاف ما اذا
كان احدهما صغيرا لانه لا يؤدي الى الاشتهاء من الجانبين لان الكبير كما لا يشتهي بمس الصغير لا يشتهي
الصغير ايضا بمسه لعدم العلم ولهذا اذا مات صغير او صغيرة يغسله الرجل والمرأة ما لم يبلغ حد
الشهوة قال رحمه الله وينظر الرجل الى الرجل الا العورة وهي ما بين السرة والركبة والسرة ليست من العورة
والركبة عورة وانما لم يبين الشيخ العورة هنا لانه بينها في كتاب الصلاة واكتفى بذلك وقد بينا
الدليل هناك ثم حكم العورة في الركبة اخف منه في الفخذ وفي الفخذ اخف منه في السوأة حتى ينكر عليه
في كشف الركبة برفق وفي الفخذ بعنف وفي السوأة يضرب ان لج قال رحمه الله والمرأة للمرأة والرجل
كالرجل للرجل ومعناه المرأة والرجل للمرأة كالرجل للرجل اي نظر المرأة الى المرأة والرجل كنظر الرجل
الى الرجل حتى يجوز للمرأة ان تنظر منهما الى ما يجوز للرجل ان ينظر اليه من الرجل اذا امنت الشهوة
والفتنة لان ما ليس بعورة لا يختلف فيه النساء والرجال فكان لها ان تنظر منه ما ليس بعورة وان كان

والصغيرة اذا كانت لا تشتهى يباح مسها والنظر اليها

في قلبها شهوة او في اكبر رايها انها تشتهي او شكت في ذلك يستحب لها ان تغض بصرها ولو كان الرجل
هو الناظر الى ما يجوز له منها كالوجه والكف لا ينظر اليه حتما مع الخوف لانه محرم عليه ووجه الفرق
بين نظرها ونظره ان الشهوة عليهن غالبة وهي كالمتحقق حكما فاذا اشتهى الرجل كانت الشهوة
موجودة من الجانبين واذا اشتهت هي لم توجد الا منها فكانت من جانب واحد والموجود من الجانبين
اقوى في الافضاء الى الوقوع وانما كان للمراة ان تنظر من المراة الى ما جاز للرجل ان ينظر اليه من الرجل
للمجانسة وانعدام الشهوة غالبا كما في نظر الرجل الى الرجل وكذا الضرورة قد تحققت فيما
بينهن وعن ابي حنيفة ان نظر المراة الى المراة كنظر الرجل الى محارمه فلا يجوز لها ان تنظر من المراة
الى الظهر والبطن في هذه الرواية بخلاف نظرها الى الرجل لان الرجال يحتاجون الى زيادة الانكشاف
وفي الرواية الاولى يجوز وهو الاصح وما جاز للرجل ان ينظر اليه من الرجل جاز مسه لانه ليس بعورة
ولا يخاف منه الفتنة قال رحمه الله وينظر الرجل الى فرج امته وزوجته معناه عن شهوة وغير شهوة لما
روي انه عليه السلام قال غض بصرك الا عن زوجتك وامتك وقالت عائشة كنت اغتسل انا ورسول الله
صلى الله عليه وسلم من اناء واحد ولو لم يكن النظر مباحا لما تجرد كل واحد منهما بين يدي صاحبه ولان ما
فوق النظر وهو المس والغشيان مباح فالنظر اولى الا ان الاولى ان لا ينظر كل واحد منهما الى عورة صاحبه
لقوله عليه السلام اذا اتى احدكم اهله فليستتر ما استطاع ولا يتجردان تجرد العير ولان النظر الى العورة
يورث النسيان وقال علي رضي الله عنه من اكثر النظر الى سوءته عوقب بالنسيان وكان ابن عمر رضي الله عنهما
يقول الاولى ان ينظر الى فرج امراته وقت الوقاع ليكون ابلغ في تحصيل معنى اللذة وعن ابي يوسف في الامالي
انه قال سالت ابا حنيفة عن الرجل يمس فرج امراته او تمس هي فرجه ليتحرك عليه هل ترى بذلك باسا
قال لا ارجو ان يعظم الاجر والمراد بالامة هنا هي التي يحل له وطيها اما اذا كانت لا تحل له كالامة المجوسية
او المشتركة او كانت امه او اخته من الرضاع او ام امراته او بنتها فلا يحل له النظر الى فرجها قال رحمه الله
ووجه محرمه وراسها وصدرها وساقها وعضدها لا الى ظهرها وبطنها وفخذها اي يجوز ان ينظر
الى وجه محرمه الى اخر ما ذكره ولا يجوز الى ظهرها الى اخره والاصل فيه قوله تعالى ولا يبدين زينتهن
الا لبعولتهن او ابائهن الاية ولم يرد به نفس الزينة لان النظر الى عين الزينة مباح مطلقا ولكن المراد
موضع الزينة فالراس موضع التاج والشعر والوجه موضع الكحل والعنق والصدر موضعا القلادة
والاذن موضع القرط والعضد موضع الدملج والساعد موضع السوار والكف موضع الخاتم والخضاب
والساق موضع الخلخال والقدم موضع الخضاب بخلاف الظهر والبطن والفخذ لانها ليست بمواضع
الزينة ولان البعض يدخل على البعض من غير استيذان ولا احتشام والمراة تكون في بيتها في ثياب
مهنتها عادة ولا تكون مستترة فلو امرت بالستر عن محارمها لحرجت حرجا عظيما ولان الحرمة
المؤبدة تقلل الرغبة والشهوة فيها بل تعدمها بخلاف الاجانب والمحرم من لا يحل له نكاحها على التابيد
بنسب او سبب كالرضاع والمصاهرة وان كان بزنا وقيل اذا كانت المصاهرة ثابتة بالزنا لا يجوز له
ان ينظر الا الى وجهها وكفيها كالاجنبية لان ثبوت الحرمة فيه بطريق العقوبة على الزاني لا بطريق
النعمة فلا يظهر في حق سقوط حرمة النظر فيبقى حراما على ما كان ولان خيانته قد ظهرت مرة فلا يؤمن
ولان فيه اظهار الفاحشة بان يقال هي بنت من زنى بها او امها والستر واجب وهو بالحرمة والحرج
ايضا منتف لعدم المخالطة بسبب السفاح والاول اصح اعتبارا للحقيقة لانها محرمة عليه على التابيد
ولا نسلم ان الحرمة بطريق العقوبة بل بطريق الاحتياط من باب الحرمات وقال الشافعي يجوز للرجل
ان ينظر الى ظهر محارمه وبطنها لجعل حالها كحال الجنس في النظر قلنا لو كان الامر كما زعم لما ثبت

التي يحل له وطيها وفرج زوجته والتي سابريد نها وكذا المراة والامة الى زوجها ومولاها مسكين

النظر الى العورة يورث النسيان

[illegible]

بيان من يحل اليه النظر من المحارم

حكم الظهار اصلا لان صورة الظهار ان يقول لامراته انت علي كظهر امي فلو لم يكن ظهرها محرما عليه
لما وقع تشبيها بالمحرم فلم يكن منكرا من القول وزورا فلم يثبت به حكم الظهار قال رحمه الله ومس ما حل
النظر اليه اي من محارمه او من الرجل الا من الاجنبية لتحقق الحاجة الى ذلك في المسافرة وانه عليه السلام كان
يقبل راس فاطمة ويقول اجد منها ريح الجنة وكان اذا قدم من سفر بدا بها فقبلها وعانقها وقال
من قبل رجل امه فكانما قبل عتبة الجنة ولا باس بالخلوة معها لقوله عليه السلام لا يخلون رجل بامراة ليس
منها بسبيل فان ثالثهما الشيطان والمراد اذا لم تكن محرما لان المحرم له سبيل منها الا اذا خاف عليها او على
نفسه الشهوة فح لا يمسها ولا ينظر اليها ولا يخلو بها لقوله عليه السلام العينان تزنيان وزناهما النظر
واليد تزنيان وزناهما البطش والرجلان تزنيان وزناهما المشي والفرج يصدق ذلك كله او يكذبه
فكان في كل واحد منهما نوع زنى والزنى حرام بجميع انواعه وحرمة الزنا بالمحارم اشد واغلظ فيجتنب
الكل ولا باس بالمسافرة بهن لقوله عليه السلام لا تسافر المراة فوق ثلاثة ايام ولياليها الا ومعها زوجها
او ذو رحم محرم منها وان احتاجت الى الاركاب والانزال فلا باس بان يمسها من وراء ثيابها ويا خذ ظهرها
وبطنها دون ما تحتها اذا امنا الشهوة واذا خاف عليها او على نفسه ظنا او شكا فليجتنب ذلك بجهده
ثم ان امكنها الركوب بنفسها يمتنع عن ذلك اصلا وان لم يمكنها تتلفف بالثياب كيلا تصل حرارة عضوها
الى عضوه وان لم تجد الثياب فليدفع عن نفسه بقدر الامكان قال رحمه الله وامة غيره كمحرمه لانها
تحتاج الى الخروج لحوائج مولاها في ثياب مهنتها وحالها مع جميع الرجال كحال المراة مع محارمها وكان عمر رضي الله عنه
اذا راى امة مقنعة علاها بالدرة وقال الق عنك الخمار يا دفار اتتشبهين بالحرائر ولا يجوز له ان ينظر
الى ظهرها وبطنها كالمحارم خلافا لمحمد بن مقاتل فانه يستدل بقول ابن عباس من اراد ان يشتري جارية
فلينظر اليها الا موضع المئزر قلنا لا ضرورة الى الظهر والبطن كما في حق المحارم بل اولى لكمال الشهوة فيهما
وقلتها في المحارم ولان ما ذهب اليه يؤدي الى ان النظر الى ظهرها لا يجوز لابنها الصحيح ظهارة من امراته
على الوجه الذي بيناه ويجوز ذلك للاجنبي وهذا خلف قال رحمه الله والمس اذا اراد الشراء وان اشتهى
اي جاز له ان يمس كل موضع يجوز له ان ينظر اليه كالصدر والساق والذراع والراس وتقليب الشعر
وان خاف الشهوة لان هذه المواضع ليست بعورة فيجوز مسه من غير شهوة كما يجوز النظر اليه اذا امن الشهوة
وان لم يامن لا يجوز كالنظر الا اذا اراد الشراء فانه يباح له النظر والمس للضرورة ويحل الخلوة والمسافرة
بها كما في ذوات المحارم وعند بعض مشايخنا يباح له ان يعالجها في الاركاب والانزال لان معنى العورة وان
علم بالستر فمعنى الشهوة باق والاصح انه لا باس بذلك اذا امن الشهوة على نفسه وعليها لان المولى
قد يبعثها في حاجة من بلد الى بلد ولا يجد محرما يخرج معها وهي تحتاج الى من يركبها وينزلها الا ترى
ان امة المراة قد تكبس زوجها وتخلو به ولم يمنع من ذلك احد وام الولد والمدبرة والمكاتبة
كالامة لقيام الرق فيهن ووجود الحاجة والمستسعاة كالمكاتبة عند ابي حنيفة لما عرف قال رحمه الله
ولا تعرض الامة اذا بلغت في ازار واحد والمراد بالازار ما يستر ما بين السرة الى الركبة لان ظهرها
وبطنها عورة فلا يجوز كشفها والتي بلغت حد الشهوة فهي كالبالغة لا تعرض في ازار واحد روي ذلك
عن محمد ووجود الاشتهاء قال رحمه الله والخصي والمجبوب والمخنث كالفحل لقوله تعالى قل للمؤمنين يغضوا
من ابصارهم وهم ذكور مؤمنون فيدخلون تحت هذا الخطاب وغيره من النصوص العامة وقالت
عائشة رضي الله عنها الخصاء مثلة فلا يبيح ما كان حراما قبله ولان الخصي ذكر يشتهي ويجامع وقيل
هو اشد جماعا لان الته لا تفتر فصار كالفحل وكذا المجبوب لانه يشتهي ويسحق وينزل وحكمه كاحكام
الرجال في كل شيء وقطع تلك الالة كقطع عضو اخر منه فلا يبيح شيئا كان حراما وان كان المجبوب

من قبل رجل امه فكانما قبل عتبة الجنة

للرجل ان يامر بامة غيره ولا يمنعون تكبسه امة زوجته وكذا المدبرة

الخصي والمجبوب وغيره كالفحل في كل شيء

قد جف ماؤه فقد رخص له بعض اصحابنا الاختلاط مع النساء لوقوع الامن من الفتنة قال الله تعالى
او التابعين غير اولي الاربة من الرجال فقيل هو المجبوب الذي جف ماؤه والاصح انه لا يحل له لعموم
النصوص وكذا المخنث في الردي من الافعال لا يحل له بالاتفاق لانه كغيره من الرجال بل هو من الفساق
فيبعد عن النساء عن الرجال وان كان مخنثا بالتكسر واللين في اعضائه وتكسر لسانه ولا يشتهي النساء
فقد رخص له بعض مشايخنا في الاختلاط بالنساء وهو احد تاويل قوله تعالى او التابعين غير اولي الاربة
وقيل الاربة الذي لا يدري ما يفعل بالنساء وانما همه بطنه وهو شيخ كبير والاصح ان الاية من المتشابه
وقوله تعالى يغضوا من ابصارهم محكم فناخذ به فنقول كل من كان من الرجال لا يحل لهن ان يبدين زينتهن
الباطنة بين يديه ولا يحل له ان ينظر اليها الا ان يكون صغيرا فحينئذ لا باس بذلك لقوله تعالى او الطفل
الذين لم يظهروا على عورات النساء قال رحمه الله وعبدها كالاجنبي اي عبد المراة كالاجنبي من الرجال حتى لا يجوز
لها ان تبدي من زينتها الا ما يجوز ان ينظر اليه من الاجنبية وقال مالك والشافعي نظره اليها كنظر الرجل
الى محارمه لقوله تعالى او ما ملكت ايمانهن ولا يجوز حمله على الاناث لانهن دخلن في قوله تعالى او نسائهن
ولانه لا يشكل لان الامة لها ان تنظر من سيدتها الى ما تنظر اليه من الاجنبية ولو حمل عليه لا يفيد زيادة
الجواز في حقها وفي حق العبد يفيد فوجب حملها عليه ولان الجواز في المحارم لحاجة الدخول من غير استيذان
وحشمة وهذا المعنى يتحقق بينهما فوجب ان يكون هو كالمحرم لها دفعا للحرج بل هو محرم الا ترى انه لا
يجوز لها ان يتزوجها ولنا انه فحل غير محرم ولا زوج والشهوة متحققة والحاجة قاصرة لانه يعمل خارج
البيت والمراد بالنص الاماء دون العبيد قال سعيد بن جبير وسعيد بن المسيب والحسن لا تغرنكم سورة النور
فانها في الاناث دون الذكور ولا نسلم ان الموضع لا يشكل بل هو مشكل لان المراد من قوله تعالى او نسائهن الحراير
ولم يدخل الامة فيها فبين حكمهن كما بين حكم الحراير لانا لا نعرف الحكم الا من الشارع وهن لم يذكرن
في هذا المعنى الا في هذه الاية فكانت بيانا للحكمين وكذا لا نسلم انه محرم لها لان حرمة النكاح بينهما موقوفة
فصارت كالمزوجة بالغير واخت زوجته ولهذا لا يجوز لها ان تسافر معه ولو كان محرما لجاز قال رحمه الله
ويعزل عن امته بلا اذنها وعن زوجته باذنها لانه عليه السلام نهى عن العزل عن الحرة الا باذنها وقال لمولى
امة اعزل عنها ان شئت ولان الحرة لها حق في الوطي حتى كان لها المطالبة به قضاء للشهوة وتحصيلا للولد
ولهذا تخير في الجب والعنة ولا حق للامة في الوطي والعزل يخل بما ذكرنا وهو المقصود بالنكاح فلا يملك
تنقيص حق الحرة بغير اذنها وينفرد به في حق الامة ولو كانت تحته امة غيره فكذلك عندهما حتى لا يكون له
العزل الا باذنها لانه تكميل لحقها والوطي حق الزوجة ولهذا كان لها المطالبة به وعند ابي حنيفة الاذن
الى المولى وقد ذكرناه في النكاح

فصل في الاستبراء وغيره

قال رحمه الله من ملك امة حرم عليه
وطيها ولمسها والنظر الى فرجها بشهوة حتى يستبريها لقوله عليه السلام في سبايا اوطاس الا لا توطا الحبالى
حتى يضعن حملهن ولا الحيالى حتى يستبران بحيضة وهذا يفيد وجوب الاستبراء بسبب احداث الملك
واليد لانه هو الموجود في هذه الصورة وهذا لان الحكمة فيه التعرف عن براءة الرحم صيانة للمياه
المحترمة عن الاختلاط والانساب عن الاشتباه والولد عن الهلاك وذلك عند تحقق الشغل والوهم
بالعلوق لانه عند الاشتباه لا يدعي الولد فيهلك معنى اذ من لا نسب له هالك معنى او عدم من
يربيه وينفق عليه ويجب على المشتري لا على البائع لان العلة في الحقيقة هو ارادة الوطي والمشتري هو
الذي يريده دون البائع فيجب عليه غير ان الارادة امر مبطن فيدار الحكم على دليلها وهو التمكن من الوطي
والتمكن انما يثبت بالملك واليد فانتصب سببا وادير الحكم عليه تيسيرا فكان السبب استحداث الملك
المؤكد باليد وتعدى الحكم الى ساير اسباب الملك كالشراء والهبة والوصية والميراث والخلع والكتابة

وغير ذلك حتى يجب على المشتري من مال الصبي ومن المراة والمملوك وممن لا يحل له وطيها الاستبراء وكذا
اذا كانت المشتراة بكرا لم توطا لتحقق السبب وادارة الاحكام على الاسباب دون الحكم لان الحكمة وهي
فراغ الرحم لا يمكن الاطلاع عليها لخفاء الشغل فيعتبر تحقق السبب عند توهم الشغل ولا يعتد بالحيضة
التي اشتراها في اثنائها ولا بالحيضة التي حاضتها بعد الشراء او غيره من اسباب الملك قبل القبض ولا
بالولادة التي حصلت بعد الاسباب قبل القبض خلافا لابي يوسف لان السبب استحداث الملك واليد وقبل
وجود الاثنين لا يعتد به اذ الحكم لا يسبق سببه وكذا لا يعتد بالحاصل قبل الاجازة في بيع الفضولي
وان كانت في يد المشتري ولا بالحاصل بعد القبض في الشراء الفاسد قبل ان يشتريها صحيحا لما بينا ويجب
اذا اشترى نصيب شريكه من جارية مشتركة بينهما لان السبب قد تم في ذلك الوقت والحكم يضاف الى تمام
العلة وهو اخر الاوصاف ويجتزا بالحيضة التي حاضتها وهي مجوسية او مكاتبة بان كاتبها بعد الشراء ثم اسلمت
المجوسية او عجزت المكاتبة لوجودها بعد السبب وهو استحداث الملك واليد وهو مقتض للحل والحرمة لمانع
ولا يجب الاستبراء اذا رجعت الابقة او ردت المغصوبة او المستاجرة او فكت المرهونة لانعدام السبب
وهو استحداث الملك واليد وهو سبب متعين فادير الحكم عليه وجودا وعدما ولو اقال البايع قبل القبض لا
يجب على البايع الاستبراء وكان ابو حنيفة اولا يقول على البايع الاستبراء لانها زالت عن ملكه والان ملكها
ثم رجع وقال لا يجب وهو قولهما لان الاقالة فسخ من الاصل فصار كان لم يكن ولو اشترى من عبده الماذون
له بعد ما حاضت عند العبد فان لم يكن على العبد دين يجتزا بتلك الحيضة لانها دخلت في ملك المولى من
وقت الشراء وان كان عليه دين مستغرق فكذلك عندهما وعند ابي حنيفة لا يعتد بتلك الحيضة وهذا بناء
على وجود ملك المولى وعدمه وقد عرف في موضعه ولو باع جارية على انه بالخيار وقبضها ثم ابطل البيع
في مدة الخيار لا يلزمه الاستبراء لعدم خروجها عن ملكه ولو باع ام ولده او مدبرته وقبضها المشتري
ثم استردها لا يجب عليه الاستبراء ان كان المشتري لم يطاها وان كان وطيها فعليه الاستبراء ولو زوجها بعد
الاستبراء فطلقها الزوج قبل الدخول لا يلزمه الاستبراء في ظاهر الرواية ولو زوجها قبل الاستبراء بعد القبض
والمسئلة بحالها فالمختار انه يجب واذا حرم الوطي قبل الاستبراء حرم الدواعي ايضا لانه يفضي الى الوطي
او يحتمل وقوعه في غير الملك على اعتبار الحبل ودعوة البايع بخلاف الحايض حيث لا يحرم الدواعي فيها لان
زمن الحيض زمن نفرة فلا يكون داعيا الى الوطي وكذا لا يحتمل وقوعه في غير الملك وفي المشتراة يحتمل ذلك
ويفضي الى الوطي لان رغبته فيها قبل الدخول بها تكون اصدق وروي عن محمد انه لا يحرم الدواعي
في المسبية لانه لا يحتمل وقوعه في غير الملك ولا استبراء في الحامل بوضع الحمل لما روينا وفي ذوات الاشهر بالشهر
لانه اقيم في حقهن مقام الحيض كما في العدة واذا حاضت في اثناء الشهر بطل الاستبراء بالشهر للقدرة على الاصل
قبل حصول المقصود بالبدل وان ارتفع حيضها تركها حتى اذا تبين انها ليست بحامل وقعها وليس فيها
تقدير في ظاهر الرواية وقيل يتبين بشهرين او ثلاثة وعن محمد اربعة اشهر وعشر وعنه شهران وخمسة ايام
اعتبارا بعدة الحرة او الامة في الوفاة وعن زفر سنتان وهو رواية عن ابي حنيفة ولا باس في الاحتيال
في اسقاط الاستبراء عند ابي يوسف خلافا لمحمد والوجه ما بيناه في الشفعة من الجانبين والماخوذ به قول
ابي يوسف اذا علم ان البايع لم يقربها في طهرها ذلك وبقول محمد اذا قربها والحيلة اذا لم يكن
تحت المشتري حرة ان يتزوجها قبل الشراء ثم يشتريها ويقبضها هكذا ذكره صاحب الهداية وهذا انما يفيد
اذا كان القبض بعد الشراء لانه بالشراء ينفسخ النكاح فيجب الاستبراء بالقبض بحكم الشراء وانما يفيد ان لو كان
القبض قبل الشراء كيلا يوجد القبض بحكم الشراء بعد فساد النكاح وقال ظهير الدين عندي يشترط ان يدخل
قبل الشراء لان ملك النكاح يفسد عند الشراء سابقا على الشراء ضرورة ان ملك النكاح لا يجامع ملك اليمين

اي العلة
بان صارت ممتدة الطهر
عدم حملها
الحيلة لاسقاط الاستبراء جائز عند ابي يوسف

فلم تكن عند الشراء منكوحة ولا معتدة بخلاف ما اذا دخل بها قبل الشراء لانها بقي معتدة منه بعد فساد
النكاح به فلا يلزمه الاستبراء به ذكره قاضي خان في فتاواه ولو كانت تحته حرة فالحيلة فيه ان يزوجها
البايع قبل الشراء او المشتري قبل القبض ممن يثق به او يزوجها بشرط ان يكون امرها بيده ثم يشتريها
ويقبضها ثم يطلقها الزوج لانه عند وجود السبب وهو استحداث الملك المؤكد بالقبض اذا لم يكن
فرجها حلالا له لا يجب عليه الاستبراء وان حل بعد ذلك لان المعتبر اوان وجود السبب كما اذا كانت معتدة
الغير في تلك الحالة والمظاهر يحرم عليه الدواعي كالمنكوحة اذا وطيت بشبهة وكالمحرم والمعتكف
بخلاف حالة الحيض والصوم والاصل فيه ان سبب الحرام حرام الا ان النص ورد في حالة الصوم والحيض
وفيه بعض الحرج لانهما يعتدان وقد صح انه عليه السلام كان يقبل وهو صايم ويضاجع نساءه وهن حيض
قال رحمه الله له امتان اختان قبلهما بشهوة حرم وطي واحدة منهما ودواعيه حتى يحرم فرج الاخرى بملك
او نكاح او عتق ش ولو قال حرمتا حتى يحرم فرج احديهما كان احسن لانهما يحرمان عليه لا احديهما فحسب
وانما حرمتا لان الجمع بينهما نكاحا او وطيا لا يجوز لاطلاق قوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين والمراد به
الجمع بينهما وطيا او عقدا لانه معطوف على المحرمات وطيا وعقدا ولا يعارض بقوله تعالى الا ما ملكت
ايمانكم لان الترجيح للمحرم روي ذلك عن علي رضي الله عنه حين سئل عنهما فقال حرمتهما اية واحلتهما اية
تلوا الايتين ثم قال الحكم للمحرم فكذا لا يجوز الجمع بينهما في الدواعي لان الدواعي الى الوطي بمنزلة الوطي
او لان النص مطلق فيتناول الوطي قصدا لانه وطيهما فصدق ذلك محرمان فكذا هذا ومسهما بشهوة
والنظر الى فرجيهما كتقبيلهما حتى حرما عليه الا اذا حرم فرج احديهما بما ذكر لزوال الجمع بتحريم فرج احديها
عليه وتمليك البعض كتمليك الكل وكذا اعتاق البعض كاعتاق الكل اما عندهما فظاهر لانه لا يتجزى
عندهما وكذا عند ابي حنيفة لانه وان كان يتجزى لكنه يحرم به الفرج لان معتق البعض كالمكاتب عنده
وكتابة احديهما كاعتاقها لان فرجها يحرم بالكتابة لحصول المقصود ورهن احديهما واجارتها وتدبيرها
لا تحل الاخرى لان فرجها لا يحرم بهذه الاسباب وقوله حتى يحرم فرج الاخرى بملك اراد به التمليك بان
يملك رقبتها من انسان باي سبب كان من اسباب الملك كالبيع والهبة والصدقة وكالصلح والخلع والمهر
واراد بقوله او نكاح النكاح الصحيح اما اذا زوج احديهما نكاحا فاسدا لا تحل له الاخرى لان فرجها لم
يصر حراما عليه بهذا العقد بمجرده الا اذا دخل بها الزوج فحينئذ تحل له الاخرى لان العدة تجب عليها
بالدخول فيحرم على المولى فرجها فلم يصر جامعا ولو وطي احديهما دون الاخرى حل له وطي الموطوءة دون
الاخرى فانه يصير جامعا بوطي الاخرى لا بوطي الموطوءة وكل امراتين لا يجوز الجمع بينهما نكاحا فهي
بمنزلة الاختين فيما ذكرنا **قال رحمه الله** وكره تقبيل الرجل ومعانقته في ازار واحد ولو كان عليه قميص
جاز كالمصافحة ش وفي الجامع الصغير ويكره ان يقبل الرجل فم الرجل او يده او شيا منه او يعانقه وذكر
الطحاوي ان هذا قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا باس بالتقبيل والمعانقة لما روي ان النبي صلى الله
عليه وسلم عانق جعفر حين قدم من الحبشة وقبل ما بين عينيه وذلك عند فتح خيبر وقال لا ادري باي
اسر بفتح خيبر ام بقدوم جعفر وعانق زيد بن حارثة وكان اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم يفعلونه
وفي الحديث كان الاعراب يقبلون اطراف النبي صلى الله عليه وسلم وعن عطاء سال ابن عباس رضي الله عنهما
فقال اول ما عانق ابراهيم خليل الرحمن عليه السلام كان بمكة فاقبل اليها ذو القرنين فلما كان بالابطح قيل
له في هذه البلدة ابراهيم خليل الرحمن فقال ذو القرنين ما ينبغي لي ان اركب في بلدة فيها ابراهيم
خليل الرحمن فنزل ذو القرنين ومشى الى ابراهيم فسلم عليه ابراهيم واعتنقه فكان هو اول من عانق
ولهما ما روى انس رضي الله عنه انه قال قلنا يا رسول الله صلى الله عليه وسلم اينحني بعضنا لبعض قال لا

المظاهر يحرم عليه الدواعي

لا علي التعيين

الوطي والدواعي في حرمة الاختين سواء

اول من عانق ابراهيم عليه السلام

قلنا ايعانق بعضنا بعضا قال لا قلنا ايصافح بعضنا بعضا قال نعم وروى الطحاوي انه عليه السلام
نهى عن المكامعة وهي المعانقة وروي انه عليه السلام نهى عن المكاعمة وهي التقبيل وما رواه منسوخ به
وقالوا الخلاف فيما اذا لم يكن عليهما غير الازار واذا كان عليهما قميص او جبة فلا باس به بالاجماع
وهو الذي اختاره الشيخ في المختصر والشيخ الامام ابو منصور الماتريدي وفق بين الاحاديث فقال
المكروه من المعانقة ما كان على وجه الشهوة واما على وجه البر والكرامة فجايز وجوز الشيخ الامام شمس الايمة
السرخسي وبعض المتاخرين تقبيل يد العالم او المتورع على سبيل التبرك وقبل ابو بكر رضي الله عنه بين
عيني رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد ما قبض وقال سفيان الثوري تقبيل يد العالم او يد السلطان العادل
سنة فقام عبد الله بن المبارك فقبل راسه وما تفعله الجهال من تقبيل يد نفسه اذا لقي غيره فهو
مكروه فلا رخصة فيه وما يفعلون من تقبيل الارض بين ايدي العلماء فحرام والفاعل والراضي به اثمان
لانه يشبه عبدة الوثن وذكر الصدر الشهيد انه لا يكفر بهذا السجود لانه يريد به التحية وقال
شمس الايمة السرخسي السجود لغير الله تعالى على وجه التعظيم كفر وذكر ابو الليث ان التقبيل على خمسة اوجه
قبلة الرحمة كقبلة الوالد لولده وقبل النبي صلى الله عليه وسلم الحسن بن علي رضي الله عنهما وقبلة التحية كقبلة
المومنين بعضهم بعضا وقبلة الشفقة كقبلة الولد لوالديه وقبلة المودة كقبلة الرجل اخاه على الجبهة
وقبلة الشهوة كقبلة الرجل امراته او امته وزاد بعضهم قبلة الديانة وهي قبلة الحجر الاسود
واما القيام للغير فقد جاء في الحديث انه عليه السلام خرج متوكئا على عصا فقمنا له فقال عليه السلام لا تقوموا
كما يقوم الاعاجم يعظم بعضهم بعضا وعن انس رضي الله عنه انه عليه السلام كان يكره القيام وعن الشيخ ابي القاسم
كان اذا دخل عليه احد من الاغنيا يقوم ولا يقوم للفقرا وطلبة العلم فقيل له في ذلك فقال ان الاغنيا
يتوقعون مني التعظيم فلو تركت تعظيمهم تضرروا والفقرا وطلبة العلم لا يطمعون مني في ذلك وانما
يطمعون في جواب السلام والكلام معهم في العلم ونحوه فلا يتضررون بترك القيام لهم ولا باس بالمصافحة
لما روينا انها سنة قديمة متواترة في البيعة وغير ذلك وقال عليه السلام من صافح اخاه المسلم وحرك يده
تناثرت ذنوبه وقال عليه السلام ما من مسلمين يلتقيان فيتصافحان الا غفر لهما قبل ان يفترقا

فصل في البيع قال رحمه الله كره بيع العذرة لا السرقين ش وقال الشافعي لا يجوز بيع السرقين
ايضا لانه نجس العين فلا يكون مالا فلا يجوز بيعه كالعذرة وجلد الميتة قبل الدباغ ولنا ان المسلمين
تمولوا السرقين وانتفعوا به في ساير البلدان والاعصار من غير نكير فانهم يلقونه في الاراضي لاستكثار
الريع بخلاف العذرة لان العادة لم تجر بالانتفاع بها وانما ينتفع بها مخلوطة برماد وتراب غالب عليها
بالالقاء في الارض فحينئذ يجوز بيعها والصحيح عن ابي حنيفة ان الانتفاع بالعذرة الخالصة جايز
قال رحمه الله ولمن راى امة قال بكر وكلني زيد ببيعها معناه ان جارية لانسان راى اخر يبيعها فقال
م وكلني مولاها حل له ان يشتريها ويطاها لانه اخبر بخبر صحيح لا منازع له فيه وقول الواحد
في المعاملات مقبول بشرط ان يكون مميزا على ما بيناه من قبل وكذا اذا قال اشتريتها منه او وهبها
لي او تصدق بها علي على ما ذكرنا ولا فرق بين ما اذا كان يعلم انها له او لم يعلم لان خبره هو المعتمد
عليه لان الخبر دليل شرعي الا ترى انه يقبل فيما هو اعظم منه وهو الفروج بان زفت اليه امراة وقال
النساء هي امراتك وحل له وطيها ولو كان المخبر غير ثقة فيما اذا ادعى الملك لنفسه او لغيره فان كان اكبر
رايه انه صادق وسعه لان عدالة المخبر في المعاملات لا تشترط لما بينا على ما مر من قبل وان كان
اكبر رايه انه كاذب لم يتعرض لشيء من ذلك لان اكبر الراي يقوم مقام اليقين وان لم يخبره صاحب
اليد بشيء من الوكالة او انتقال الملك اليه فان كان عرفها انها لغيره لا يشتريها حتى يعلم انتقال الملك

تقبيل يد العالم او السلطان العادل سنة

التعظيم بالقيام

الانتفاع بالعذرة الخالصة جائز

قول الواحد في المعاملات

انتقل اليه او وكله لان يد الاول دليل الملك وان كان لا يعرف انها للاول وسعه ان يشتريها وان
كان ذوا اليد فاسقا لان اليد دليل الملك ولا معتبر باكثر الراي عند وجود دليل ظاهر الا ان يكون
مثله لا يملك مثل ذلك فح يستحب له ان يتنزه ولو اشتراها مع ذلك صح لاعتماده الدليل الشرعي
وان كان الذي اتاه بها عبدا او امة لم يقبلها ولم يشترها حتى يسال لان المملوك لا ملك له فيعلم
ان الملك فيها لغيره وان اخبره ان مولاها اذن له وهو ثقة قبل قوله وان لم يكن ثقة يعتبر فيه اكبر
الراي وان لم يكن له راي لم يشترها لقيام المانع فلا بد من دليل ولو ان امراة اخبرها رجل ان زوجها
الغايب مات عنها او طلقها ثلاثا وكان غير ثقة او اتاها بكتاب من عند زوجها بطلاق ولا تدري
انه كتابه ام لا الا انه في اكبر رايها انه حق بعد ما تحرت فلا باس بان تعتد ثم تتزوج لان القاطع
طار فلا منازع لان صحة النكاح لا يمنع ما يطرا وكذا لو قالت لرجل طلقني زوجي وانقضت عدتي
فلا باس بان يتزوجها وكذلك المطلقة الثلاث اذا قالت انقضت عدتي وتزوجت بزوج اخر
ودخل بي ثم طلقني وانقضت عدتي فلا باس بان يتزوجها الزوج الاول وكذا لو قالت الجارية كنت
امة لفلان فاعتقني حل له ان يتزوجها لان القاطع طار على ما بينا ولو اخبرها مخبر ان اصل النكاح كان
فاسدا او كان الزوج حين تزوجها مرتدا او اخاها من الرضاع لم يقبل قوله حتى يشهد بذلك رجلان
او رجل وامراتان وكذا اذا اخبره مخبر انك تزوجتها وهي مرتدة او اختك من الرضاع لم يتزوج باختها
ولا اربع سواها حتى يشهد بذلك عدلان لانه اخبر بفساد مقارن والاقدام على العقد يدل على صحته
وانكار فساده فثبت المنازع بالظاهر بخلاف ما اذا كانت المنكوحة صغيرة واخبر الزوج انها ارتضعت
من امه او اخته بعد النكاح حيث يقبل قول الواحد فيه لان القاطع طار والاقدام الاول لا يدل على
انعدامه فلم يثبت المنازع فافترقا وعلى هذا الاصل يدور الفرق ولو كانت جارية صغيرة لا تعبر عن نفسها
في يد رجل يدعي انها له فلما كبرت لقيها رجل في بلد اخر فقالت انا حرة الاصل لا يسعه ان يتزوجها لتحقق
المنازع بخلاف ما تقدم وهو ما اذا كان المنازع طاريا قال رحمه الله وكره لرب الدين اخذ ثمن خمر باعها مسلم
لا كافر معناه اذا كان لمسلم دين على مسلم فباع الذي عليه الدين خمرا واخذ ثمنها وقضى به الدين لا يحل للداين
ان ياخذ ثمن الخمر بدينه وان كان البايع كافرا جاز له اخذه والفرق ان البيع في الوجه الاول باطل لان
الخمر ليس بمال متقوم في حق المسلم فبقي الثمن على ملك المشتري فلا يحل له اخذه من البايع وفي الوجه الثاني صح
البيع لانه مال متقوم في حق الكافر وملكه البايع فيحل الاخذ منه بخلاف المسلم لما ذكرنا وفي النهاية عن محمد
هذا اذا كان القضا والاقتضا بالتراضي فان كان بقضاء القاضي بان قضى عليه بهذا الثمن وهو يعلم
بكونه ثمن الخمر يطيب له ذلك بقضائه وهذا مشكل فانه مال الغير فكيف يطيب له ومحمد رحمه الله كان
لا يرى نفوذ قضاء القاضي باطنا وانما ينفذ ظاهرا فقط عنده وعلى هذا اذا مات مسلم وترك ثمن
خمر باعها هو لا يحل لورثته ان ياخذوا ذلك لانه كالمغصوب وقال في النهاية قال بعض مشايخنا
كسب المغنية كالمغصوب لم يحل اخذه وعلى هذا قالوا لو مات رجل وكسبه من بيع الباذق او الظلم
او اخذ الرشوة يتورع الورثة ولا ياخذوا منه شيئا وهو اولى لهم ويردونها على اربابها ان عرفوهم
وان لم يعرفوهم تصدقوا بها لان سبيل الكسب الخبيث التصدق اذا تعذر الرد على صاحبه قال رحمه الله وكره الاحتكار في قوت
الادمي والبهيمة في بلد يضر باهله اي يكره الاحتكار في القوت اذا كان يضر باهل البلد لقوله عليه السلام
الجالب مرزوق والمحتكر ملعون ولانه تعلق به حق العامة وفي الامتناع عن البيع ابطال حقهم وتضييق
الامر عليهم فيكره اذا كان يضر بهم ذلك بان كانت البلدة صغيرة بخلاف ما اذا لم يضر بان كان المصر كبيرا
لانه حابس ملكه من غير اضرار بغيره وتلقي الجلب على هذا التفصيل وقد ذكرناه في البيوع وتخصيص

جارية لا تعبر عن نفسها في يد رجل كبرت لقيها اخر في بلد اخر فقالت انا حرة الاصل

سبيل الكسب الخبيث يرد على اربابه

الاحتكار بالاقوات قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف كل ما يضر بالعامة حبسه فهو احتكار
وان كان ثيابا او دراهم ونحو ذلك اعتبارا لحقيقة الضرر اذ هو المؤثر في الكراهة وهما اعتبرا الضرر
المتعارف المعهود ثم المدة اذا قصرت لا يكون احتكارا لعدم الضرر واذا طالت يكون احتكارا مكروها
لتحقق الضرر ثم قيل هي مقدرة باربعين ليلة لقوله عليه السلام من احتكر طعاما اربعين ليلة فقد بري
من الله وبري الله منه وقيل بالشهر لان ما دونه قليل عاجل والشهر وما فوقه كثير اجل وقد مر في غير
موضع ويقع التفاوت في الماثم بين ان يتربص العزة وبين ان يتربص القحط والعياذ بالله تعالى وقيل
المدة للمعاقبة في الدنيا واما الماثم فيحصل وان قلت المدة فالحاصل ان التجارة في الطعام غير محمودة
قال رحمه الله لا غلة ضيعة وما جلبه من بلد اخر اي لا يكره احتكار غلة ارضه او احتكار ما جلبه
من بلد اخر لانه خالص حقه فلم يتعلق به حق العامة فلا يكون احتكارا الا ترى ان له ان لا يزرع ولا
يجلب فكذا له ان لا يبيع وهذا في المجلوب قول ابي حنيفة خاصة لان حق العامة يتعلق بما جلب وجمع
في المصر او في فنائه ولم يتعلق حقهم بما في بلد اخر فاذا نقله من بلد اخر كان له حبسه لعدم تعلق حقهم
به فصار كغلة ضيعتهم والجامع عدم تعلق حقهم به اذ كان له ان لا ينقل كما كان له ان لا يزرع فكذا
له ان لا يبيع ذلك وقال ابو يوسف يكره ان يحبس ما جلبه من بلد اخر لاطلاق ما روينا والحاق الضرر بالعامة
ولانه يتوهم حصوله لهم بان يجلبه غيره لهم او يجلبوه هم بانفسهم كما نقله هو وجلبه فكان بحبسه مبطلا
لحقهم في النقل والجلب فصار كما اذا حبس المجلوب الى المصر او فنائه بخلاف ما زرعه في ضيعته لانعدام
هذا المعنى وقال محمد رحمه الله ان نقله من موضع يجلب منه الى المصر في الغالب يكره حبسه لان حق العامة
تعلق به لانه بمنزلة فناء المصر الا ترى انه كان ينقل اليه لو لم ياخذه هو بخلاف ما اذا نقله من بلد بعيد
لم تجر العادة بالحمل منه الى المصر لانه لم يتعلق به حقهم الا ترى انه لو لم ياخذه لم ينقل اليهم فصار كغلة
الضيعة قال رحمه الله ولا يسعر السلطان الا ان يتعدى ارباب الطعام عن القيمة تعديا فاحشا لقوله
عليه السلام لا تسعروا فان الله هو المسعر القابض الباسط الرازق ولان الثمن حق البايع فكان اليه تقديره فلا
ينبغي للامام ان يتعرض لحقه الا اذا كان ارباب الطعام يتحكمون على المسلمين ويتعدون تعديا فاحشا
وعجز السلطان عن صيانة حقوق المسلمين الا بالتسعير فلا باس به بمشورة اهل الراي والنظر
فاذا فعل ذلك على رجل فتعدى ذلك فباعه بثمن فوقه اجازه القاضي وهذا لا يشكل عند ابي حنيفة
رحمه الله لانه لا يرى الحجر على الحر وكذا عندهما الا ان يكون الحجر على قوم باعيانهم لانه اذا لم يكن على قوم
بعينهم لا يكون حجرا بل يكون فتوى في ذلك وينبغي للقاضي او السلطان ان لا يعجل بعقوبته اذا رفع
اليه هذا الامر ولا بالتسعير بل يامره بان يبيع ما فضل عن قوته وقوت اهله على اعتبار السعة
وينهاه عن الاحتكار ويعظه ويزجره عنه وان رفع اليه ثانيا فعل به كذلك وهدده وان رفع اليه
ثالثا حبسه وعزره حتى يمتنع عنه ويزول الضرر عن الناس ولا يسعر الا اذا ابوا ان يبيعوه الا بغبن
فاحش ضعف القيمة وعجز عن صيانة حقوقهم الا به فلا باس بمشورة اهل الراي على ما بينا وان امتنع
من البيع بالكلية قيل لا يبيع عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يبيع بناء على انه لا يرى الحجر على الحر العاقل
وهما يريانه كما في بيع مال المديون وقيل يبيعه بالاجماع لان ابا حنيفة يرى الحجر لدفع ضرر
عام كما بينا في كتاب الحجر ومن باع منهم بما قدره الامام صح لانه غير مكره على البيع هكذا ذكره صاحب
الهداية وذكر في المحيط وشرح المختار ان البايع ان كان يخاف اذا نقص ان يضربه الامام لا يحل للمشتري
ذلك لانه في معنى المكره والحيلة فيه ان يقول بعني بما تحب ثم باي شي باعه يحل ولو اصطلح اهل
بلدة على سعر الخبز واللحم وشاع ذلك فيما بينهم فاشترى رجل منهم خبزا بدرهم او لحما فاعطاه

اي لا ينبغي للسلطان ... الان يتحكم ...

بان يبيع ... اشتراه بتخمين

اي نقص التسعير

البايع ناقصا والمشتري لا يعرف ذلك كان له ان يرجع بالنقصان اذا عرف لان المعروف كالمشروط وان كان
المشتري من غير اهل تلك البلدة كان له ان يرجع بالنقصان في الخبز دون اللحم لان سعر الخبز يظهر عادة في
البلدان وسعر اللحم لا يظهر الا نادرا فيكون شارطا في الخبز مقدارا معينا باعتبار العادة دون اللحم
ولو خاف الامام على اهل مصر الهلاك اخذ الطعام من المحتكرين وفرقه فاذا وجدوا ردوا مثله وليس هذا
من باب الحجر وانما هو دفع الضرر عنهم كما في حال المخمصة ذكره في شرح المختار قال رحمه الله وجاز بيع العصير
من خمار لان المعصية لا تقوم بعينه بل بعد تغيره بخلاف بيع السلاح من اهل الفتنة لان المعصية
تقوم بعينه فيكون اعانة لهم وتسببا وقد نهينا عن التعاون على العدوان والمعصية ولان العصير
يصلح للاشياء كلها جائز شرعا فيكون الفساد الى اختياره قال رحمه الله واجارة بيت ليتخذ بيت نار او بيعة
او كنيسة او يباع فيه خمر بالسواد اي اجارة البيت ليتخذ معبد الكفار والمراد ببيت النار معبد
المجوس وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا ينبغي ان يكريه لشيء من ذلك لانه اعانة على المعصية وقد قال تعالى
وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان وله ان الاجارة على منفعة البيت ولهذا
يجب الاجر بمجرد التسليم ولا معصية فيه وانما المعصية في فعل المستاجر وهو مختار فيه فقطع نسبته عنه
فصار كبيع الجارية لمن لا يستبريها او ياتيها من دبرها او بيع الغلام من لوطي والدليل عليه انه لو
اجره للسكنى جاز وهو لا بد له فيه من عبادته وانما قيده بالسواد لانهم لا يمكنون من احداث المعابد
واظهار بيع الخمور والخنازير في الامصار لظهور شعاير الاسلام فلا تعارض باظهار شعاير الكفر بخلاف
السواد قالوا هذا في سواد الكوفة لان غالب اهلها اهل الذمة واما في سواد غيرها ففيه شعاير
اهل الاسلام ظاهرة فلا يمكنون فيها في الاصح قال رحمه الله وحمل خمر لذمي باجر اي جاز ذلك ايضا وهذا
عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا هو مكروه لانه عليه السلام لعن في الخمر عشرة وعد منها حاملها وله ان الاجارة
على الحمل وهو ليس بمعصية ولا سبب لها وانما تحصل المعصية بفعل فاعل مختار وليس الشرب من ضرورات
الحمل لان حملها قد يكون للاراقة او للتخليل فصار كما لو استاجره لعصر العنب او قطعه والحديث
محمول على الحمل المقرون بقصد المعصية وعلى هذا الخلاف اذا اجره دابة لينقل عليها الخمر او اجره نفسه
ليرعى له الخنازير فانه يطيب له الاجر عند ابي حنيفة وعندهما يكره وفي المحيط لا يكره بيع الزنانير
من النصارى والقلنسوة من المجوسي لان ذلك اذلال لهم وبيع المكعب المفضض للرجال ان يشتريه
ليلبسه يكره لانه اعانة على لبس الحرام ولو ان اسكافا امره انسان ان يتخذ له خفا على زي المجوس
او الفسقة او خياطا امره انسان ان يخيط له ثوبا على زي الفساق يكره له ان يفعل له ذلك لان هذا
تسبب بالتشبه بالمجوس والفسقة قال رحمه الله وبيع بناء بيوت مكة وارضها يعني يجوز
اما البناء فظاهر لانه ملك لمن بناه الا ترى انه لو بنى في المستاجر او في الوقف صار البناء ملكا له [illegible]
بيعه واما ارضها فالمذكور هنا قول ابي يوسف ومحمد وهو احدى الروايتين عن ابي حنيفة رحمه الله لان ارضها
مملوكة لاهلها لظهور اثار الملك فيها وهو اختصاصهم بها شرعا وقوله عليه السلام وهل ترك
عقيل من ربع دليل على ان اراضيها تملك وتقبل الانتقال من ملك الى ملك وقد تعارف الناس بيع
اراضيها والدور التي فيها من غير نكير وهو من اقوى الحجج وقال ابو حنيفة رحمه الله لا يجوز بيع اراضيها
لما روي انه عليه السلام قال ان الله حرم مكة فحرام بيع رباعها ولا تؤجر بيوتها ولانه [illegible] الخليل
عليه السلام ويكره اجارة اراضيها لقوله عليه السلام من اكل اجور ارض مكة فكانما اكل الربا ولان اراضي مكة
كانت تدعى في زمن النبي صلى الله عليه وسلم وزمن الخليفتين من بعده السوايب من احتاج اليها سكنها
ومن استغنى عنها اسكن غيره فيها ومن وضع عند بقال درهما ياخذ منه ما شاء كره له ذلك لانه اذا

خاف الامام على اهل مصر الهلاك اخذ الطعام من المحتكرين وفرقه عليهم فاذا وجدوه ردوا مثله

بيع الغلام من الوطي

لا يكره بيع الزنانير من النصارى

البناء في المستاجر والوقف ملك الباني

ملكه الدرهم فقد اقرضه اياه وقد شرط ان ياخذ منه ما يريد من التوابل والبقول وغير ذلك مما يحتاج
اليه شيئا فشيئا وله في ذلك نفع مع بقاء درهمه وكفايته للحاجات ولو كان في يده لخرج من ساعته
ولم يبق فيصير في معنى قرض جر نفعا وهو منهي عنه وينبغي ان يودعه اياه ثم ياخذ منه شيئا فشيئا
وان ضاع فلا شيء عليه لان الوديعة امانة قال رحمه الله وتعشير المصحف ونقطه لان القراءة والاي توقيفية
ليس للراي فيهما مدخل فبالتعشير حفظ الاي وبالنقط حفظ الاعراب فكانا حسنين ولان العجمي الذي لا يحفظ
القران لا يقدر على القراءة الا بالنقط فكان حسنا وما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه انه قال جردوا القران
فذاك في زمنهم لانهم كانوا يتلقونه عن النبي صلى الله عليه وسلم كما انزل وكانت القراءة سهلة عليهم
وكانوا يرون النقط مخلا بحفظ الاعراب والتعشير بحفظ الاي ولا كذلك العجمي في زماننا فيستحسن لعجز
العجمي عن التعلم الا به وعلى هذا لا باس بكتابة اسامي السور وعدد الاي فهو وان كان محدثا فمستحسن
وكم من شيء يختلف باختلاف الزمان والمكان قال رحمه الله وتحليته اي يجوز تحلية المصحف لما فيها من تعظيمه
كما في نقش المسجد وتزيينه وقد ذكرناه من قبل وذكرنا الخلاف فيه اذا كان التحلية بذهب او فضة من
غير مموه قال رحمه الله ودخول ذمي مسجدا اي جاز ادخال الذمي جميع المساجد وقال مالك يكره ذلك
في كل مسجد وقال الشافعي يكره في المسجد الحرام لقوله تعالى انما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم
هذا ولان الكافر لا يخلو عن الجنابة فوجب تنزيه المسجد عنه وعدى مالك الى ساير المساجد لعموم
العلة وهي النجاسة لان كلها تنزه عنها ولنا ان النبي صلى الله عليه وسلم انزل وفد ثقيف في المسجد وضرب
لهم خيمة فيه فقالت الصحابة رضي الله عنهم المشركون نجس فقال عليه السلام ليس على الارض من نجاستهم شيء
وانما نجاستهم على انفسهم وروي ان ابا سفيان دخل في حال كفره مسجد النبي صلى الله عليه وسلم والنجاسة
المذكورة في الاية هو الخبث في الاعتقاد لان كل قبيح رجس وهو النجس الا ترى ان الازلام والميسر سميت
في القران رجسا والمراد بالمنع المذكور في الاية عن قرب المسجد الحرام منعهم عن الطواف لانهم كانوا يطوفون
بالبيت عراة على ما ذكره اهل التفسير وكان الحكم لهم فيفعلون ما ارادوا ولما اعلى الله كلمته ونصر دينه
وفتح على المسلمين بعد الفتح نفوا عن ذلك ومنعوا من دخوله لقصد الطواف بالكلية قال رحمه الله وعيادته
اي يجوز عيادة الذمي لما روي ان يهوديا مرض بجوار النبي صلى الله عليه وسلم فقال قوموا بنا نعود جارنا اليهودي
فعاده وقعد عند راسه وقال قل لا اله الا الله محمد رسول الله فنظر المريض الى ابيه فقال له ابوه اجبه فاجابه
فشهد ان لا اله الا الله وان محمدا رسول الله ثم مات فقال النبي صلى الله عليه وسلم الحمد لله الذي انقذ بي نسمة
من النار ولان العيادة نوع من البر وقد قال الله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم
من دياركم ان تبروهم وتقسطوا اليهم ولا باس برد السلام على الذمي ولا يزيد على قوله وعليكم
لانه عليه السلام لم يزد حين رد على اليهودي ولا يبداه بالسلام لان فيه تعظيمه وتكريمه وان كان له
حاجة اليه فلا باس ببدايته ولا يدعو له بالمغفرة ولو دعا له بالهدى جاز لانه عليه السلام قال اللهم
اهد قومي فانهم لا يعلمون ولو دعا له بطول العمر قيل لا يجوز لان فيه التمادي على الكفر وقيل يجوز لان
فيه نفعا للمسلمين باداء الجزية فيكون دعاء لهم وعلى هذا الخلاف الدعاء بالعافية وهذا اذا
كان من اهل الكتاب كاليهودي والنصراني وان كان مجوسيا قيل لا يعوده لانه ابعد من الاسلام من اهل
الكتاب وقيل يعوده لان فيه اظهار محاسن الاسلام وترغيبه فيه وتاليفه وقد ندبنا اليه واختلفوا
في عيادة الفاسق [illegible] والاصح انه لا باس بها لانه مسلم والعيادة من حقوق المسلمين واذا مات الكافر
قال لوالده او قريبه في تعزيته اخلف الله عليك خيرا منه واصلحك اي اصلحك بالاسلام ورزقك
ولدا مسلما لان الخيرية به تظهر ويقول في تعزية المسلم اعظم الله اجرك واحسن عزاك ورحم ميتك

وقص جر نفعا

ثم ما كان او غيره سكين

جائز دخال الذمي جميع المساجد

عيادة الذمي

علي المعزبة

خصاء البهايم

وكره عندك قال رحمه وخصاء البهايم اي جاز لانه عليه السلم ضحى بكبشين املحين موجوئين والوجي
هو الخصي ولان لحمه يطيب به ويترك النطاح فكان حسنا قال رحمه وانزاء الحمير على الخيل لانه عليه السلام
ركب البغل واقتناه ولو لم يجز لما فعله لانه فيه فتح بابه وما ورد فيه من النهي كان لاجل تكثير الخيل
قال رحمه وقبول هدية العبد التاجر واجابة دعوته واستعارة دابته وكره كسوته الثوب
وهديته النقدين يعني الدراهم والدنانير والقياس ان لا يجوز الكل لانه تبرع والعبد ليس من
اهله لكن جوز في الشيء اليسير للضرورة استحسانا لانه لا يجد بدا منه كالضيافة ليجتمع اليه
المجاهزون ويجلب قلوب المعاملين فكان من ضرورات التجارة ومن ملك شيئا ملك ما هو من ضروراته

قبول هدية العبد المأذون له واجابة دعوته

وقد صح ان سلمان الفارسي اهدى الى النبي صلى الله عليه وسلم هدية قبل ان يعتق فقبلها النبي صلى الله عليه
وسلم وقبل هدية بريرة فقال هو لها صدقة ولنا هدية وكان عليه السلم يجيب دعوة المملوك
وعلى هذا كانت الصحابة رضي الله عنهم حتى روي عن ابي سعيد مولى ابي اسيد انه قال دعوت رهطا
من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وفيهم ابو ذر رضي الله عنه فحضرت الصلاة فقدموني وانا يومئذ
عبد ولا ضرورة في الشيء الكثير كالدراهم والثياب فبقي على الاصل قال رحمه واستخدام الخصي اي يكره
استخدام الخصي لان فيه تحريض الناس على الخصي وهو مثلة وقد صح انه عليه السلم نهى عنها فتحرم قال رحمه
والدعاء بمعقد العز من عرشك اي يكره ان يقول في دعائه اللهم اني اسالك بمعقد العز من عرشك
والمسئلة عبارتان بمعقد وبمقعد فالاولى من العقد والثانية من القعود تعالى الله عن ذلك علوا
كبيرا ولا شك في كراهية الثانية لاستحالة معناها على الله تعالى وكذا الاولى لانه يوهم ان عزه متعلق
بالعرش والعرش حادث وما يتعلق به يكون حادثا ضرورة والله تعالى متعال عن تعلق عزه بالحادث
بل عزه قديم لان صفته وجميع صفاته قديمة قائمة بذاته لم يزل موصوفا بها في الازل ولن تزال
في الابد ولم يزد شيئا من الكمال لم يكن له في الازل بحدوث العرش وغيره وقال ابو يوسف لا باس به
وبه اخذ الفقيه ابو الليث لما روي انه عليه السلم كان من دعائه ان يقول اللهم اني اسالك بمعقد العز
من عرشك وبمنتهى الرحمة من كتابك وباسمك الاعظم وجدك الاعلى وكلماتك التامة والاحوط
الامتناع لكونه خبر واحد فيما يخالف القطعي اذ المتشابه يثبت بالقطعي ولو جعل العز صفة للعرش
كان جائزا لان العرش موصوف في القران بالمجد والكرم فكذا بالعز ولا يشك احد انه موضع الهيبة
واظهار كمال القدرة وان كان الله تعالى مستغنيا عنه قال رحمه وبحق فلان اي يكره ان يقول في
دعائه بحق فلان وكذا بحق انبيائك واوليائك وبحق رسلك او بحق البيت او المشعر الحرام لانه
لا حق للخلق على الله تعالى وانما يختص برحمته من يشاء من غير وجوب عليه ولو قال رجل لغيره بحق الله
او بالله ان تفعل كذا لا يجب عليه ان ياتي بذلك شرعا وان كان الاولى ان ياتي به قال رحمه واللعب

يكره اللعب بالشطرنج والنرد

بالشطرنج والنرد وكل لهو لقوله عليه السلم كل لعب ابن ادم حرام الا ثلاثة ملاعبة الرجل اهله وتاديبه
لفرسه ومناضلته بقوسه واباح الشافعي رحمه الله الشطرنج من غير قمار ولا اخلال بحفظ الواجبات
لان فيه تشحيذ الخاطر وتذكية الافهام والحجة عليه ما رويناه وما روي ان ابن عمر رضي الله عنه مر
بقوم يلعبون الشطرنج فلم يسلم عليهم وقال ما هذه التماثيل التي انتم لها عاكفون ولانه يصد
صاحبه عن الجمع والجماعات وعن ذكر الله تعالى غالبا فيكون حراما كالنردشير والنرد قال عليه السلم
من لعب بالنردشير فكانما صبغ يده في لحم خنزير رواه مسلم واحمد وابو داود وعن ابي موسى ان النبي
صلى الله عليه وسلم قال من لعب بالنرد فقد عصى الله ورسوله رواه مالك واحمد وغيرهما واما منفعته
التي ذكرها فمغلوبة تابعة والعبرة للغالب في التحريم الا ترى الى قوله تعالى واثمهما اكبر من نفعهما

فاعتبر الغالب في التحريم وهل ترى من يلعب بالشطرنج يصلي فضلا عن الجماعة وان صلى فقلبه متعلق
به فكان في اباحته اعانة الشيطان على الاسلام والمسلمين ثم ان كان يقامر به سقطت عدالته وردت شهادته
وان لم يقامر وكان مداوما او لم يصده ذلك عن الصلاة لم تسقط عدالته ولم ير ابو حنيفة رحمه الله بالسلام
عليهم باسا ليشغلهم عما هم فيه وكرهه ابو يوسف ومحمد تحقيرا لهم وروي ان عليا رضي الله عنه مر بقوم
يلعبون بالشطرنج ولم يسلم عليهم فقيل له في ذلك فقال كيف اسلم على قوم يعكفون على اصنام وروي

لا باس بالمسابقة والجعل عليها

انه ضرب على رؤوسهم ولا باس بالمسابقة في الرمي والفرس والابل ان شرط المال من جانب واحد بان
يقول احدهما لصاحبه ان سبقتني فلك كذا وان سبقتك فلا شيء لي لقوله عليه السلم لا سبق الا في خف
او نصل او حافر رواه احمد وابو داود وجماعة اخر وحرم لو شرط المال من الجانبين بان يقول ان سبق
فرسك اعطيتك كذا وان سبق فرسي فاعطني كذا الا اذا ادخلا ثالثا بينهما وقالا للثالث ان سبقتنا
فالمال لك وان سبقناك فلا شيء لنا عليك ولكن ايهما سبق صاحبه اخذ المال المشروط وكذا
المتفقهة اذا شرط لاحدهما الذي معه الصواب صح وان شرطاه لكل واحد منهما على صاحبه لا يجوز
كما في المسابقة قال رحمه وجعل الراية في عنق العبد اي لا يجوز وهو معطوف على اللهو وصورته
ان يجعل في عنقه طوق حديد عظيم يمنعه عن تحريك راسه وهو معتاد بين الظلمة وانه حرام لانه
عقوبة الكفار فيحرم كالاحراق بالنار وقال عليه السلم لا تعذبوا بعذاب الله وفي النهاية فانه علامة
بانه ابق وقال لا باس به في زماننا لغلبة الاباق خصوصا في الهنود وكان في زمانهم مكروها لقلة
الاباق قال رحمه وحل قيده اي جاز قيد العبد احترازا عن الاباق والتمرد وهو سنة المسلمين في الفساق
بخلاف الراية لانه محدث وشر الامور محدثاتها قال عليه السلم كل محدث بدعة وكل بدعة ضلالة وكل
ضلالة في النار قال رحمه والحقنة اي جازت الحقنة للتداوي وجاز ان ينظر الى ذلك الموضع للضرورة

جواز الحقنة للتداوي

لقوله عليه السلم لكل داء دواء واذا اصاب الدواء الداء برئ باذن الله تعالى رواه مسلم واحمد وروي
ان الاعراب قالت لرسول الله صلى الله عليه وسلم الا نتداوى قال نعم عباد الله تداووا فان الله تعالى
لم يضع داء الا وضع له شفاء او دواء الا داء واحدا قالوا يا رسول الله وما هو قال الهرم رواه الترمذي
وصححه ورواه جماعة ومن الناس من كره التداوي لما روى ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم
قال يدخل الجنة من امتي سبعون الفا بغير حساب هم الذين لا يسترقون ولا يتطيرون ولا يكتوون
وعلى ربهم يتوكلون رواه البخاري ومسلم واحمد وعن ابن عباس ان امراة سوداء اتت النبي صلى الله عليه وسلم
فقالت اني اصرع واني انكشف فادع الله لي قال ان شئت صبرت ولك الجنة وان شئت دعوت
الله تعالى ان يعافيك فقالت اصبر فاني انكشف فادع الله ان لا انكشف فدعا لها رواه اولئك
الثلاثة ولنا ما روينا وروى البخاري واحمد انه عليه السلم قال ما انزل الله داء الا انزل له شفاء
وروي انه عليه السلم تداوى واحتجم وقال جابر رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كوى سعد بن
معاذ في اكحله مرتين رواه ابن ماجه ومسلم بمعناه ولا جناح على من يتداوى اذا كان يرى ان الشافي
هو [illegible] دون الدواء وان الدواء جعله الله سببا لذلك والمعافي في الحقيقة هو الله تعالى
واعتقد ذلك وما رواه بعضهم من الاخبار ما يدل على كراهية التداوي من الداء اذا كان يرى الشفاء
من الدواء ويعتقد انه لو لم يعالج لما سلم ونحن نقول لا يجوز لمثل هذا التداوي ولا فرق في الحقنة
بين الرجل والمراة وانما يجوز ذلك بالاشياء الطاهرة ولا يجوز بالنجس كالخمر وكذا كل تداو لا يجوز
الا بالطاهر لما روى ابن مسعود رضي الله عنه انه عليه السلم قال ان الله لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم
رواه البخاري وعن ابي الدرداء انه عليه السلم قال ان الله انزل الداء والدواء وجعل لكل داء دواء

فتداووا ولا تتداووا بالحرام رواه ابو داود ويجوز التداوي بالعظام كلها سواء كانت من الذكية
او من الميتة غير انه اذا كان من الميتة لا يجوز الا اذا كانت يابسة ليس لها دسومة ومن الذكية يجوز
كيف ما كان الا عظم الخنزير والادمي الخنزير لنجاسته والادمي لكرامته اذ لا يجوز الانتفاع باجزائه
ولا باس بالرقى لانه عليه السلام كان يفعل ذلك وما جاء فيه من النهي عنه عليه السلام محمول على رقى الجاهلية
اذ كانوا يرقون بكلمات كفر الا ترى الى ما يروى عن عوف بن مالك انه قال كنا في الجاهلية نرقي فقلنا
يا رسول الله كيف ترى في ذلك فقال اعرضوا علي رقاكم لا باس بالرقى ما لم يكن فيه شرك رواه مسلم وابو داود
وعن ابن مسعود رضي الله عنه انه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول ان الرقى والتمائم والتولة
شرك رواه احمد وابو داود وابن ماجة والتولة ضرب من السحر قال الاصمعي هو تحبيب المرأة الى زوجها
وعن جابر رضي الله عنه انه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الرقى فجاء آل عمرو بن حزم فقالوا يا رسول الله
انها كانت رقية نرقي بها من العقرب فانك نهيت عن الرقى فعرضوها عليه فقال ما ارى باسا من استطاع
منكم ان ينفع اخاه فليفعل رواه مسلم وعن عائشة رضي الله عنها قالت كان رسول الله اذا مرض احد من اهله
نفث عليه بالمعوذات فلما مرض مرضه الذي مات فيه جعلت انفث عليه وامسحه بيد نفسه لانها اعظم
بركة من يدي رواه البخاري ومسلم والتداوي لا يمنع التوكل ولو اخبره طبيب بالدواء فلم يتداو حتى
مات لا ياثم بخلاف ما اذا جاع ولم ياكل مع القدرة حتى مات حيث ياثم لان زوال الجوع بالاكل متيقن به
باعتبار العادة فان الله تعالى اجرى العادة بازالة الجوع وخلق الشبع عند الاكل لا يتخلف عنه اصلا بخلاف
المرض عند التداوي فانه في حيز التردد وقال في النهاية يجوز التداوي بالمحرم كالبول والخمر اذا اخبره
طبيب مسلم ان فيه شفاء ولم يجد غيره من المباح ما يقوم مقامه والحرمة ترتفع للضرورة فلم يكن متداويا
بالحرام فلم يتناوله حديث ابن مسعود او يحتمل انه قاله في داء عرف له دواء غير المحرم قال رحمه الله ورزق القاضي
اي حل رزق القاضي من بيت المال لان بيت المال اعد لمصالح المسلمين والقاضي محبوس لمصالحهم والحبس
من اسباب النفقة فكان رزقه منه كرزق المقاتلة والزوجة فيعطى منه ما يكفيه واهله على هذا كانت
الصحابة والتابعون رضي الله عنهم اجمعين وبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم عتاب ابن اسيد الى مكة وفرض
له وبعث عليا ومعاذا الى اليمن وفرض لهما وكان ابو بكر والخلفاء من بعده ياخذون كفايتهم فكان اجماعا
وهذا اذا كان بيت المال حلالا جمع بحق وان كان حراما بان جمع بباطل لم يحل له اخذه لانه مال الغير فيجب
رده على صاحبه ثم ان كان القاضي محتاجا فالافضل له ان ياخذ بل يجب لانه لا يتوصل الى اقامة ما عليه
الا به اذ اشتغاله بالكسب يمنعه عن اقامة ما عليه وان كان غنيا فكذلك ياخذ منه كفايته عند بعض
وهو الاصح لان ماله يفرغ بالنفقة الداعية وفيه صيانة الحكم عن ان يهون عند الملوك ونظر لمن يجيء
بعده من المحتاجين لانه اذا انقطع زمانا يتعذر رده عند تولية المحتاج هذا اذا اعطوه من غير شرط
ومعاقدة كعقد الاجارة من غير شرط وان كان بشرط ومعاقدة لا يحل له اخذه لان القضاء طاعة فلا يجوز
الاجر عليه كسائر الطاعات وتسميته رزقا يدل على انما ياخذه مقدر بالكفاية وانه ليس باجر
جرى الرسم باعطائه في اول السنة لان الخراج كان يوخذ في اول السنة وهو يعطى منه وفي زماننا يوخذ
الخراج في آخر السنة والماخوذ من الخراج خراج السنة الماضية في الصحيح وعليه الفتوى ولو
[illegible] في اول السنة ثم عزل قبل مضي السنة قيل يجب عليه رد حصة ما بقي من السنة وقيل [illegible]
الزوجة على ما بيناه قال رحمه الله وسفر الامة وام الولد بلا محرم اي يجوز لهما السفر بلا محرم لان الامة عورة
المحرم لعامة الرجال فيما يرجع الى النظر والمس على ما بيناه من قبل فكما يجوز لاجنبي ان تسافر مع المحرم فكذا
هي مع الاجنبي وام الولد امة لقيام الرق فيها وكذا المكاتبة لانها مملوكة رقبة وكذا معتق البعض

عند ابي حنيفة رحمه الله لانها كالمكاتبة عنده وفي الكافي قالوا هذا في زمانهم لغلبة اهل الصلاح فيه واما
في زماننا فلا لغلبة اهل الفساد فيه ومثله في النهاية معزيا الى شيخ الاسلام قال رحمه الله وشراء ما لا بد
للصغير منه وبيعه للعم والام والملتقط لو في حجرهم اي يجوز لهؤلاء الثلاثة ان يشتروا للصغير ويبيعوا
ما لا بد له منه اذا كان الصغير في حجرهم وذلك مثل النفقة والكسوة لانهم لو لم يكن لهم ذلك لتضرر
الصغير وهو مدفوع والاصل ان التصرفات على الصغير على ثلاثة انواع نوع هو نفع محض فيملكه من هو
في يده وليا كان او لم يكن وليا كقبول الهبة والصدقة ويملكه الصبي بنفسه اذا كان مميزا ونوع هو
ضرر محض كالطلاق والعتاق فلا يملكه عليه احد ونوع هو متردد يحتمل ان يكون نفعا ويحتمل ان يكون
ضررا وذلك مثل البيع والاجارة للاسترباح فلا يملكه الا الاب والجد ووصيهما ويملكونه سواء كان
الصغير في ايديهم او لم يكن لانهم يتصرفون عليه بحكم الولاية فلا يشترط ان يكون في ايديهم وهكذا
ذكره في الكافي واستيجار الظئر من النوع الاول وفيه نوع رابع وهو الانكاح فيجوز من كل عصبة
ومن ذوي الارحام عند عدمهم عند ابي حنيفة رحمه الله ولا يجوز من غيرهم وقد عرف في موضعه قال رحمه الله
ويوجره امه فقط معناه ان الصغير لا يوجره احد من هؤلاء الثلاثة الا الام فانها توجره اذا كان في
حجرها ولا يوجره الاخ ولا العم ولا الملتقط والفرق ان الام تملك اتلاف منافعه بغير عوض بان تستخدمه
ولا يملكه هؤلاء وهذه رواية الجامع الصغير وفي رواية القدوري يجوز ان يوجره الملتقط ويسلمه
في صناعة فجعله من النوع الاول وهذا اقرب لان فيه ضرورة ونفعا محضا للصغير ولو اجر الصبي
نفسه لا يصح لانه مشوب بالضرر الا اذا فرغ من العمل لانه تمحض نفعا بعد الفراغ فيجب المسمى وهو
نظير العبد المحجور عليه اذا اجر نفسه وقد ذكرناه من قبل وان كان الصغير في يد العم فاجرته امه صح لانه
من الحفظ وهذا عند ابي يوسف وقال محمد لا يجوز **كتاب احياء الموات** قال رحمه الله هي ارض تعذر
زرعها لانقطاع الماء عنها او لغلبته عليها غير مملوكة بعيدة من العامر هذا تفسير الموات من الارض
وانما سميت مواتا اذا كانت بهذه الصفة لبطلان الانتفاع بها تشبيها لها بالحيوان اذا مات وبطل الانتفاع به
واما تفسير الحيوة فظاهر والمراد من الحياة هنا الحياة النامية قال الله تعالى فاحيينا به الارض بعد موتها وقوله
غير مملوكة اي في الاسلام لان المطلق على الاطلاق ينصرف الى الكامل وكماله بان لا يكون مملوكا لاحد لانها
اذا كانت مملوكة لمسلم او ذمي كان ملكه باقيا فيها والعدم ما يزيله فلا تكون مواتا ثم ان عرف المالك فهي له
وان لم يعرف كانت لقطة يتصرف فيها الامام كما يتصرف في جميع اللقطات والاموال الضائعة ولو ظهر لها
المالك بعد ذلك اخذها وضمن له من زرعها ان نقصت بالزراعة والا فلا شيء عليه وقال القدوري
ما كان منها عاديا او كان مملوكا في الاسلام لا يعرف له مالك بعينه ومراده بالعادي ما قدم خرابه كانه
منسوب الى عاد لخرابه من عهدهم وجعل المملوك في الاسلام اذا لم يعرف مالكه من الموات لان حكمه كالموات
يتصرف فيه الامام كما يتصرف في الموات او لانه موات حقيقة على ما بينا وقوله بعيدة من العامر
[illegible] حد البعيد ان تكون في مكان بحيث لو وقف انسان في اقصى العامر فصاح باعلى صوته
[illegible] فانه موات وان كان يسمع فليس بموات لانه فناء العامر فينتفعون به لانهم يحتاجون
[illegible] مواشيهم وطرح حصائدهم فلم يكن انتفاعهم به منقطعا عنه ظاهرا فلا يكون مواتا
وعند محمد يعتبر حقيقة الانتفاع حتى لا يجوز احياء ما ينتفع به اهل القرية وان كان بعيدا ويجوز احياء
ما لا ينتفعون به وان كان قريبا من العامر وشمس الائمة اعتمد قول ابي يوسف رحمه الله تعالى قال رحمه الله
ومن احياه باذن الامام ملكه وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يملكه من احياه ولا يشترط فيه اذن الامام
لقوله عليه السلام من عمر ارضا ليست لاحد فهو احق بها رواه البخاري واحمد وقال عليه السلام من احيا ارضا

المباح يملك بالسبق اليه

ميتة فهي له رواه احمد والترمذي وصححه ولانه مباح سبقت يده اليه فكان احق به كالماء والحطب
والحشيش والصيد والركاز ولابي حنيفة رحمه الله قوله عليه السلم ليس للمرء الا ما طابت به نفس امامه
ولان هذه الاراضي كانت في ايدي الكفرة ثم صارت في ايدي المسلمين فصارت فيئا ولا يختص بالفيء احد
دون راي الامام كالغنائم بخلاف ما استشهد به من الصيد وامثاله لانها لم تكن في ايدي الكفرة فلم تكن في
حكم الفيء وما رويناه كان اذنا منه عليه السلم لا نصب شرع كقوله عليه السلم من قتل قتيلا فله سلبه فانه
تحريض منه بالسلب لا نصب شرع على ما بيناه في موضعه ثم اذا احياها فهل هي خراجية او عشرية فهي
على ما بيناه في السير وبينا الاختلاف فيه ولو تركها بعد الاحياء وزرعها غيره قيل الثاني احق بها لان الاول
ملك استغلالها دون رقبتها والاصح ان الاول احق بها لانه ملك رقبتها بالاحياء فلا تخرج عن ملكه
بالترك ولو احيا ارضا ميتة ثم احاط الاحياء بجوانبها الاربعة من اربعة نفر على التعاقب تعين
طريق الاول في الارض الرابعة في المروي عن محمد لانه لما احيا الجوانب الثلاثة تعين الجانب الرابع للاستطراق
ويملك الذمي بالاحياء كالمسلم لانهما لا يختلفان في سبب الملك قال رحمه الله وان حجرها اي ان حجر الارض اي علمها
بالتحجير لانه ليس باحياء في الصحيح لان الاحياء جعلها صالحة للزراعة والتحجير الاعلام مشتق من الحجر وهو
المنع للغير بوضع علامة من حجر او بحصاد ما فيها من الحشيش والشوك وتنقيته عنها وجعله حولها
او باحراق ما فيها من الشوك وغيره وكل ذلك لا يفيد الملك فبقيت مباحة على حالها لكنه هو اولى بها فلا
توخذ منه الى ثلاث سنين فاذا لم يعمرها فيها اخذها الامام منه ودفعها الى غيره لانه انما كان دفعها
اليه ليعمرها فيحصل للمسلمين منفعة العشر او الخراج فاذا لم يحصل المقصود فلا فائدة في تركها في يده وانما
قدر بثلاث سنين لقول عمر رضي الله عنه ليس للمحتجر بعد ثلاث سنين حق ولان مدة الانتظار ينبغي ان تكون
عامة حتى تشمل جميع المحتجرين وذلك بالتقدير بثلاث سنين لان المحتجر لابد ان يحتجر اي موضع شاء
من دار الاسلام واقصى دار الاسلام تقطع في سنة فيقدر بثلاث سنين سنة للذهاب وسنة للاياب
وسنة لتدبير مصالحه فلا ينبغي لاحد ان يجيء ذلك الموضع حتى تمضي ثلاث سنين وهذا من طريق الديانة
واما في الحكم فاذا احياها غيره قبل مضيها ملكها لتحقق سبب الملك منه دون الاول ونظيره الاستيام
وحفر المعدن وان حفر لها بيرا فهو تحجير وليس باحياء وكذا اذا جعل الشوك حولها او كربها او ضرب
عليها المسناة او شق لها نهرا فهو احياء كذا في المبسوط وذكر في الهداية ولو كربها وسقاها فعن محمد
انه احياء ولو فعل احدهما يكون تحجيرا وان سقاها مع حفر الانهار كان احياء لوجود الفعلين وان
حوطها او سناها بحيث يعصم الماء يكون احياء لانه من جملة البناء وكذا اذا بذرها قال رحمه الله ولا يجوز
احياء ما قرب من العامر لتحقق حاجتهم اليه تحقيقا او تقديرا على ما بينا فصار كالنهر والطريق وعلى
هذا قالوا ليس للامام ان يقطع ما لا غنى للمسلمين عنه كالملح والابار التي تستقي منها الماء قال رحمه الله
ومن حفر بيرا في موات فله حريمها اربعون ذراعا من كل جانب لقوله عليه السلم من حفر بيرا فله مما حولها
اربعون ذراعا ولان حافر البير لا يتمكن من الانتفاع الا بما حولها لانه يحتاج الى ان يقف على شفير
البير ليستقي الماء والى ان يبني على شفير البير ما يركب عليها البكرة والى ان يبني حوضا
والى موضع تقف فيه مواشيه حالة الشرب وبعده فقدره الشرع باربعين ذراعا ثم قيل الاربعون
من الجوانب الاربعة من كل جانب عشرة اذرع لان ظاهر اللفظ يجمع الجوانب الاربعة والصحيح ان المراد
اربعون ذراعا من كل جانب لان المقصود دفع الضرر عنه كيلا يحفر اخر بيرا بجنبها فيتحول ماء الاولى
الى الثانية ولا يندفع هذا الضرر بعشرة اذرع من كل جانب فيقدر باربعين كيلا يتعطل عليه
المصالح ولا فرق في ذلك بين ان يكون البير للعطن او للناضح عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما ان كان للعطن

باذن الامام عنده وبغير اذنه عندهما مسكين

فاربعون ذراعا وان كانت للناضح فحريمها ستون ذراعا لقوله عليه السلم حريم العين خمسماية ذراع
وحريم البير العطن اربعون ذراعا وحريم بير الناضح ستون ذراعا ولان استحقاق الحريم باعتبار الحاجة
وحاجة بير الناضح اكثر لانه يحتاج الى موضع يسير فيه الناضح وهو البعير وقد يطول المرشا وفي بير
العطن يستقي بيده فلا بد من التفاوت بينهما وله ما روينا من غير فصل ومن اصله العام
المتفق على قبوله والعمل به يرجح على الخاص المختلف في قبوله والعمل به ولهذا رجح قوله عليه السلم ما اخرجته
الارض ففيه العشر على قوله ليس فيما دون خمسة اوسق صدقة وعلى قوله عليه السلم ليس في الخضروات
صدقة ورجح اصحابنا كلهم قوله عليه السلام التمر بالتمر مثلا بمثل على خبر العرايا ولا يقال المراد بما
روى البير للعطن بدليل سياقه عطن الماشية لانا نقول ذكر العطن يفيد التغليب لا التقييد به مثل
قوله تعالى وذروا البيع وكقوله تعالى الذين ياكلون الربا لانا لا نجمع الاشتغال والمنافع والتقييد بالبيع
او الاكل لكونه غالبا ولان استحقاق الحريم حكم ثبت بالنص على خلاف القياس لان استحقاقه باعتبار
عمله وعمله في موضع البير خاصة فلا يستحق فيما وراءه ولكنا تركنا القياس بالنص فيقدر بما اتفق عليه
الاثار ثبت الاستحقاق فيه وما زاد على ذلك اخذنا فيه بالقياس حتى لا يثبت الاستحقاق بالشك
ولانه يستقى من بير العطن بالناضح ومن بير الناضح باليد فاستوت الحاجة فيهما لانه يمكنه ان يدير
البعير حول البير فلا يحتاج الى الزيادة قال رحمه الله وحريم العين خمسماية اي خمسماية ذراع لما روينا ولان العين
تستخرج للزراعة فلا بد من موضع يجتمع فيه الماء ومن موضع يجري اليه ومن موضع يجري منه الى المزرعة
فقدره الشارع بخمسماية ولا مدخل للراي في المقادير فاقتصر عليه ثم قيل هو خمسماية من الجوانب الاربعة
من كل جانب ماية وخمسة وعشرون ذراعا والاصح انه خمسماية ذراع من كل جانب والذراع هو المكسرة
وهو ست قبضات وكان ذراع الملك سبع قبضات فكسر منه قبضة وفي الكافي قيل ان التقدير في البير والعين
بما ذكرنا في بلادهم وفي اراضينا تزاد لرخاوتها لئلا يتحول الماء الى الثانية فتتعطل الاولى قال رحمه الله
فمن حفر في حريمها منع منه لانه صار ملكا لصاحب البير ضرورة تمكنه من الانتفاع بها فكان الحافر متعديا
بالحفر في ملك الغير فان حفر رجل في حريمه كان للاول ان يكبسه لما ذكرنا انه متعد فيه فكان له ان يمنعه
ويزيل تعديه ولو اراد ان ياخذ الثاني بحفره كان له ذلك لانه اتلف ملكه بالحفر ثم اختلفوا فيما ياخذ
قيل يكبسه لانه ازالة تعديه كما اذا وضع شيئا في ملك غيره وقيل يضمنه النقصان وليس له ان
يكلفه الكبس بل يكبسه بنفسه كما اذا هدم جدار غيره كان لصاحبه ان يواخذه بقيمته لا ببناء الجدار
هو الصحيح وما عطب في البير الاولى فلا ضمان عليه لانه غير متعد في حفرها اما اذا كان باذن الامام
فظاهر وكذا اذا كان بغير اذنه عندهما واما عنده فيجعل الحفر تحجيرا وله ذلك بغير اذن الامام وان لم
يثبت له الملك الا باذنه وما عطب في الثانية فهو مضمون على الثاني لانه متعد بحفره في ملك غيره
وحفر الثاني بيرا في منتهى حريم البير الاولى باذن الامام فذهب ماء البير الاولى وتحول الى الثانية
فلا شيء عليه لانه غير متعد في فعله والماء تحت الارض غير مملوك لاحد فلا يكون له المخاصمة بسببه
كمن بنى حانوتا بجنب حانوت غيره فكسد الاول بسببه وللثاني الحريم من الجوانب الثلاثة دون
الجانب الاول لسبق ملك الاول فيه قال رحمه الله وللقناة حريم بقدر ما يصلحه والقناة مجرى الماء
تحت الارض ولم يقدر حريمه بشيء ولم يمكن ضبطه وعن محمد انه بمنزلة البير في استحقاق الحريم
وقيل هذا عندهما وعند ابي حنيفة لا حريم لها ما لم يظهر على وجه الارض لانها نهر في الحقيقة
فتعتبر بالنهر قالوا وعند ظهور الماء هي بمنزلة عين فوارة فيقدر حريمها بخمسماية ذراع
وحريم شجر يغرس في الارض الموات خمسة اذرع حتى لا يملك غيره ان يغرس شجرا في حريمه

فان كانت البير في اراضيهم

هدم جدار غيره كان لصاحب الجدار ان يضمنه بقيمته لا بناه

فلو كان يحب حانوتا فكسد الاول اي قلبه

لانه يحتاج الى الحريم لجذاذ ثمره والوضع فيه وروي ان رجلا غرس شجرة في ارض فلاة فجاء اخر فاراد
ان يغرس شجرة اخرى بجنبها فاختصما الى النبي صلى الله عليه وسلم فجعل له عليه السلام من الحريم خمسة اذرع
واطلق الاخر فيما وراء ذلك قال رحمه الله وما عدل عنه الفرات ولم يحتمل عوده اليه فهو موات لانه ليس
في ملك احد وجاز احياؤه اذا لم يكن حريما لعامر قال رحمه الله وان احتمل عوده لا يكون مواتا لتعلق
حق العامة به على تقدير رجوع الماء اليه لان الماء حقهم لحاجتهم اليه قال رحمه الله ولا حريم للنهر وهذا
عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا له حريم من الجانبين لان استحقاق الحريم للحاجة وصاحب النهر يحتاج اليه كصاحب
البير والعين وهذا لانه يحتاج الى المشي على حافتي النهر ليجري الماء اذا احتبس بشيء وقع فيه اذ لا يمكنه
المشي في وسط الماء وكذا يحتاج الى موضع يلقي عليه الطين عند الكري لما في النقل الى اسفله من الحرج
ما لا يخفى وله ان استحقاق الحريم في البير والعين ثبت نصا بخلاف القياس فلا يلحق بهما ما ليس في معناهما
لان الحاجة فيهما متحققة في الحال اذ الانتفاع بهما لا يتاتى بدون الحريم وفي النهر موهومة باعتبار
الكري فلعله لا يحتاج اليه اصلا نعم يلحقه بعض الحرج في نقل الطين والمشي في وسط النهر الى اسفله
لكنه دون الحرج فيهما فلا يمكن الحاقه بهما اذ شرط القياس ان يكون الفرع نظير الاصل الا ترى ان من
بنى قصرا في الصحراء لا يستحق له حريما وان كان يحتاج اليه لالقاء الكناسة فيه لانه يمكن الانتفاع
بالقصر بدون الحريم ولا يقاس على البير لان حاجته اليه دون حاجة صاحب البير الى الحريم فاذا لم يستحق
فان تنازع في الحريم صاحب الارض وصاحب النهر وكل منهما يقول حريم النهر ملكي كان ذلك لصاحب
الارض عنده لان الظاهر يشهد له وعندهما كان لصاحب النهر حريم كان الظاهر شاهدا له فكان القول
قوله فكانت المسئلة مبنية على استحقاق الحريم وعدمه لانه مبني على ثبوت اليد في الحريم وعدم
ثبوت اليد فيه فمن كانت يده ثابتة فيه كان الظاهر شاهدا له وان كانت مسئلة مبتداة موجهة لهما
ان صاحب النهر مستعمل للحريم لاستمساك مائه به ولا استعمال لهذا فيه فكان القول قوله كما لو تنازعا
في ثوب واحدهما لابسه كان القول له لانه صاحب يد بالاستعمال ولابي حنيفة رحمه الله ان الحريم اشبه
بالارض صورة ومعنى لاتحاد المقصود فيهما والظاهر شاهد لمن في يده ما هو اشبه به كما لو
تنازعا في مصراع باب ليس هو في يدهما والمصراع الاخر مركب على باب دار احدهما كان القول له فكذا هذا
ولو كان صاحب النهر مستعملا له باستمساك مائه كان صاحب الارض ايضا مستعملا له بدفع الماء به
عن ارضه فاستويا من هذا الوجه ويترجح صاحب الارض من الوجه الذي ذكرنا فكان الحريم له فيغرس ما بدا له
من الاشجار ولكن ليس له ان يهدمه لان صاحب النهر تعلق له به حق حيث يستمسك ماؤه به فلا يكون
له ابطاله كما اذا كان حائط لرجل ولاخر عليه جذوع ليس له ان يهدم حائطه لما فيه من ابطال حقه وفي
الجامع الصغير نهر لرجل الى جنبه مسناة ولارض لاخر خلف المسناة ليس في يد احدهما بان لم يكن لاحدهما عليه
غرس ولا طين ملقى لصاحب النهر فادعى صاحب الارض المسناة وادعاها صاحب النهر ايضا فهي لصاحب
[الارض] عند ابي حنيفة وقالا لصاحب النهر حريم لملقى طينه وغير ذلك فينكشف بهذا اللفظ موضع الخلاف
وهو ان يكون الحريم موازيا للارض لا فاصل بينهما وان لا يكون الحريم مشغولا بحق احدهما معه
وان كان فيه اشجار ولا يدرى من غرسها فهي على هذا الاختلاف ايضا وكذا اختلف في القاء الطين
والصحيح انه لصاحب النهر ما لم يفحش ثم اذا كان الحريم لاحدهما ايهما كان لا يمنع الاخر من الانتفاع به
على وجه لا يبطل حق مالكه كالمرور فيه والقاء الطين عليه ونحو ذلك [illegible] ولا يغرس فيه
الا المالك لانه يبطل حقه قال الفقيه ابو جعفر اخذ بقوله في الغرس وبقولهما في القاء الطين ثم عند ابي يوسف
حريمه قدر نصف بطن النهر من كل جانب وهو اختيار الطحاوي وعند محمد مقدار بطن النهر من كل جانب

شرط القياس

تنازعا في مصراع باب ليس هو في يدهما والمصراع الاخر مركب على باب احدهما القول له

مقدار حريم النهر

وهو اختيار الكرخي وذكر في كشف الغوامض ان الاختلاف بين ابي حنيفة رحمه الله وصاحبيه في نهر كبير لا يحتاج
فيه الى الكري في كل حين اما الانهار الصغار التي يحتاج فيه الى كريها في كل وقت فلها حريم بالاتفاق

مسائل الشرب قال رحمه الله هو نصيب الماء اي الشرب بالكسر نصيب الماء والصواب نصيب من الماء
قال الله تعالى لها شرب ولكم شرب يوم معلوم اي نصيب قال رحمه الله الانهار العظام كدجلة والفرات غير مملوكة
ولكل ان يسقي ارضه ويتوضى به ويشربه وينصب الرحا عليه ويكري منها الى ارضه ان لم يضر بالعامة
اما الدليل على كونها غير مملوكة فلان هذه الانهار ليس لاحد فيها يد على الخصوص لان قهر الماء يمنع قهر
غيره فلا يكون محرزا والملك بالاحراز واذا لم يكن مملوكا لاحد كان لكل احد ان ينتفع به لقوله عليه السلام
المسلمون شركاء في ثلاث في الماء والكلاء والنار رواه احمد وابو داود وابن ماجة من حديث ابن عباس رضي الله عنهما
والمراد بالماء ما ليس بمحرز فاذا احرز فقد ملك فخرج من ان يكون مباحا كالصيد اذا احرز فلا يجوز لاحد ان
ينتفع به الا باذن صاحبه وشرط الجواز للانتفاع ان لا يضر بالعامة فاذا كان يضر بالعامة بان شق له
بالكري او نصب الرحا فليس له ذلك لان الانتفاع بالمباح لا يجوز الا اذا كان لا يضر باحد كالانتفاع بالشمس
والقمر والهواء والمراد بالكلاء الحشيش الذي ينبت بنفسه من غير ان ينبته احد ومن غير ان يزرعه وسقيه
فيملكه من قطعه واحرزه وان كان في ارض غيره والمراد بالنار الاستضاءة بضوئها والاصطلاء بها والايقاد
من لهبها وليس لصاحبها ان يمنع من ذلك اذا كان في الصحراء بخلاف ما لو اراد غيره ان ياخذ الجمر لانه
ملكه ويتضرر بذلك فكان له منعه كسائر امواله الا اذا لم يكن له قيمة قال رحمه الله وفي الانهار المملوكة والابار
والحياض لكل شربه وسقي دابته لا ارضه وان خيف تخريب النهر لكثرة البقور يمنع وان كان له حق الشرب
وسقي الدابة فيه لما روينا ولان الانهار والابار والحياض لم توضع للاحراز والمباح لا يملك الا بالاحراز
فصار كالصيد اذا تكنس في ارض انسان ولان الحاجة الى الماء تتجدد ساعة فساعة ومن سافر لا يمكنه ان
يستصحب ما يكفيه الى ان يرجع الى وطنه فيحتاج الى ان ياخذ الماء من الابار والانهار التي تكون على طريقه
لنفسه ودابته وصاحبه لا يتضرر بذلك القدر فلو منع من ذلك لحقه حرج عظيم وهو مدفوع شرعا
بخلاف سقي الاراضي حيث يمنع صاحب الماء عنه وان لم يكن عليه بذلك ضرر وهو المراد بقوله لا ارضه
لان في اباحة ذلك ابطال حق صاحبه اذ لا نهاية لذلك فيذهب به منفعته فيلحقه ضرر ولا كذلك
شربه وسقي دابته لانه لا يلحقه بمثله ضرر عادة حتى لو تحقق فيه الضرر بكسر ضفته او غيره كان له
المنع وهو المراد بقوله وان خيف تخريب النهر لكثرة البقر يمنع لان الحق لصاحبه على الخصوص وانما اثبتنا
حق الشرب لغيره للضرورة فلا معنى لاثباته على وجه يتضرر به صاحبه اذ به تبطل منفعته والمحرز
في الكوز والحب لا ينتفع به الا باذن صاحبه لانه ملكه بالاحراز فكان اخص به كالصيد اذا اخذه لكن
فيه شبهة الشركة لظاهر ما روينا فيعمل فيما يسقط بالشبهات حتى لو سرقه في موضع يعز الماء فيه وهو يساوي
نصابا لم تقطع يده ولا كذلك قوله تعالى هو الذي خلق لكم ما في الارض جميعا حيث لا يورث شبهة لانه
لفظ الشركاء فلم يمنع اختصاص البعض بالبعض الا ترى انه يقال هذا المال لاهل بلد كذا وان كان
[illegible] وعاله ولا يقال هم شركاء فيه الا اذا كان هو مشتركا بينهم ولا يختص بعضهم بشيء منه
[illegible] مثله شبهة لانسد باب اقامة الحدود وكلها حتى حد الزنا ولو كانت البير او الحوض او النهر
في ملك رجل فله ان يمنع من يريد الشفة من الدخول في ملكه اذا كان يجد ماء بقربه فان لم يجد يقال له
اما ان تخرج الماء اليه او تتركه بشرط ان لا يكسر ضفته لان له حق الشفة في الماء الذي في موضعه عند الحاجة
قيل هذا اذا احتفر في ارض مملوكة له اما اذا احتفرها في ارض موات فليس له منعه لان الموات كان حقا
لكل احد والاحياء حق مشترك وهو الغرض الخراج فلا يقطع الشركة وحكم الحوض كحكم الماء حتى اذا كان

ودجلة نهر بغداد والفرات نهر الكوفة وجيحون نهر خوارزم وسيحون نهر الترك غير مملوكة لاحد مسكين

المراد بالكلاء

نحو البقور

كنس الظبي يكنس دخل في كناسه وهو [illegible] في الشجر [illegible] الكناس [illegible] المغيب كالظباء في الكنس والكناسة القمامة قاموس

قال رحمه الله

بضم الحاء المهملة والباء الموحدة [illegible] لا باذن صاحبه

فى ارض مملوكة قيل لمالكها اما ان تقطع وتدفع اليه واما ان تتركه لياخذ قدر ما يريد منه ولو منعه
الماء وهو يخاف على نفسه ودابته العطش كان له ان يقاتله بالسلاح لاثر عمر رضى الله عنه ولانه قصد
اتلافه بمنع الشفة وهو حقه لان الماء فى البير والنهر ونحوهما مباح وغير مملوك وان كان الماء محرزا فى
الاوانى فليس للذى يخاف الهلاك من العطش ان يقاتله بالسلاح وله ان يقاتله بغير سلاح اذا كان فيه فضل
من صاحبه لانه ملكه بالاحراز فصار نظير الطعام حالة المخمصة وفى الكافى قيل فى البير ونحوها الاولى
ان يقاتله بغير سلاح لانه ارتكب معصية فصار ذلك بمنزلة التعزير وهذا يشير الى انه يجوز ان يقاتله
بسلاح حيث جعل الاولى ان لا يقاتله به فيكون موافقا لما ذكرنا والشفة اذا كانت تاتى على الماء كله بان كان
جدولا صغيرا وفيما يرد عليه من المواشى كثرة ينقطع الماء بشربها اختلفوا فيه قال بعضهم لا يمنع منه
لاطلاق ما روينا وقال اكثرهم له ان يمنع لانه يلحقه ضرر بذلك كسقى الاراضى ولهم ان ياخذوا الماء منه
للوضوء وغسل الثياب فى الاصح وقال بعضهم يتوضا فى النهر ويغسل الثياب فيه قلنا فى ذلك حرج بين
فيدفع ولو اراد ان يسقى شجرا او خضرا فى داره بحمل الماء اليه بالجرة كان له ذلك وقال بعض ائمة بلخ ليس
له ذلك الا باذن صاحب النهر والاول اصح لان الناس يتوسعون فيه ويعدون المنع منه من الدناءة
وقال عليه السلام ان الله يحب معالى الامور ويبغض سفسافها وليس له ان يسقى نخيله وارضه وشجره من نهر
غيره وبيره وقناته الا باذنه نصا وله ان يمنع من ذلك لان الماء متى دخل فى المقاسمة انقطعت شركة الشرب
بالكلية اذ لو بقيت لانقطع شرب صاحبه ولانه لو جاز ذلك لحفر نهرا الى ارضه فيفضى الى كسر ضفته
والى الحفر فى حريم بيره لتسييل الماء الى ارضه ويلحقه بذلك ضرر عظيم فيمنع منه اصلا فصار فى الحاصل
المياه ثلاثة انواع الانهار العظام التى لم تدخل فى ملك احد والانهار التى هى مملوكة وما صار فى الاوانى
فقد ذكرنا حكم كل واحد بتوفيق الله تعالى **قال رحمه الله** وكرى نهر غير مملوك من بيت المال لان ذلك
لمصلحة العامة ومال بيت المال معد لها فكان مؤنة الكرى منه **قال رحمه الله** فان لم يكن فيه شئ يجبر الناس
على كريه اى ان لم يكن فى بيت المال شئ اجبر الامام الناس على كريه لان الامام نصب ناظرا وفى تركه ضرر عظيم
على الناس وقلما يتفق العوام على المصالح باختيارهم فيجبرهم عليه وفى نظيره قال عمر رضى الله عنه لو تركتم
لبعتم اولادكم الا انه يخرج له من كان يطيقه ويجعل مؤنته على المياسير الذين لا يطيقونه بانفسهم
كما فى تجهيز الجيوش **قال رحمه الله** وكرى ما هو مملوك على اهله ويجبر الابى على كريه لان منفعته لهم على
الخصوص فتكون مؤنته عليهم لان الغرم بالغنم ومن ابى منهم يجبر لما ذكرنا وقيل ان كان خاصا لا يجبر
والفاصل بين الخاص والعام ان ما تستحق به الشفعة خاص وما لا تستحق به الشفعة عام ووجه الفرق
بينهما ان فى العام دفع الضرر العام وهو ضرر بقية الشركاء ومثل هذا جايز بالزام الضرر الخاص بل هو
اذا تعين مدفعا فيندفع دونا الضرر اولى لان الابى لا يلحقه بذلك ضرر بل يحصل له نفع يقابله فلا
اجباره عليه بخلاف ما اذا كان خاصا لانه ليس فيه دفع ضرر عام وانما فيه دفع ضرر خاص وهو
شركائه فلو يلزمه الضرر الخاص لدفع الضرر الخاص ويمكن دفع ضرر شركائه بدون ذلك
عليه حصته من المؤنة اذا كان ذلك بامر القاضى بخلاف ما اذا كان عاما لانه لا يمكنه الرجوع
وربما لا تقبل المؤنة القسمة عليهم ولا يدرى حصة كل واحد منهم ولا يقال فى كرى ... احياء
حقوق اهل الشفعة فيكون فى تركه ضرر عام لانا نقول لو جبر لاجل حق اهل الشفعة ... ان اهل
الشرب كلهم لو امتنعوا عن الكرى لا يجبرهم فى ظاهر المذهب لانهم امتنعوا عن عمارة اراضيهم ولو كان
حق الشفعة معتبرا لاجبروا لدفع الضرر العام **قال رحمه الله** ومؤنة كرى النهر المشترك عليهم من اعلاه
فان جاوز ارض رجل برئ وهذا عند ابى حنيفة رحمه الله وقالا مؤنة الكرى عليهم جميعا من اول النهر الى اخره

بالحصص لان كل واحد منهم ينتفع بالاسفل كما ينتفع بالاعلى لانه يحتاج الى تسييل الفاضل فانه اذا
سد عليه فاض الماء على ارضه وافسد زرعه فتبين ان كل واحد منهم ينتفع بالنهر من اوله الى اخره فلهذا
يستوون فى استحقاق الشفعة به فاذا استووا فى الغنم وجب الاستواء فى الغرم ولابى حنيفة رحمه الله ان مؤنة
الكرى على من ينتفع به ويسقى الاراضى منهم فاذا جاوز الكرى ارض رجل فليس له فى كرى ما بقى منفعة
فلا يلزمه شئ من مؤنته وبانتفاعه فى اسفل من حيث اجراء ما فضل من الماء فيه لا يلزمه شئ من عمارة
ذلك الموضع الا ترى ان من له حق تسييل ماء سطحه على سطح جاره لا يلزمه شئ من عمارة ذلك الموضع
باعتبار تسييل الماء فيه ولانه يتمكن من دفع ضرر الماء عنه بسد فوهة النهر من اعلاه اذا استغنى عنه فلا
يحتاج الى الكرى من اسفل وزعم بعض اصحابنا ان الكرى اذا انتهى الى فوهة ارضه من النهر فليس عليه شئ من
المؤنة والاصح ان عليه مؤنة الكرى الى ان يجاوز حد ارضه واليه اشار فى الاصل لان له ان يتخذ الفوهة من اى
موضع شاء من ارضه ان شاء من اعلى وان شاء من اسفل فكان منتفعا بالكرى انتفاع سقى الاراضى ما لم يجاوز
حد ارضه ولا كرى على اهل الشفة لانهم لا يحصون اذ اهل الدنيا كلهم لهم حق الشفة ومؤنة الكرى لا تجب
على قوم لا يحصون ولان المقصود من حفر الانهار ونحوها سقى الاراضى واهل الشفة اتباع والمؤنة تجب
على الاصول دون الاتباع ولهذا لا يستحقون به الشفعة **قال رحمه الله** ويصح دعوى الشرب بغير ارض وهذا
استحسان والقياس ان لا يصح لان شرط صحة الدعوى اعلام المدعى فى الدعوى والشهادة والشرب مجهول
جهالة لا تقبل الاعلام ولانه يطلب من القاضى ان يقضى له بالملك فى المدعى اذا ثبتت دعواه بالبينة
والشرب لا يحتمل التمليك بدون ارض فلا يسمع القاضى فيه الدعوى والخصومة كالخمر فى حق المسلمين
وجه الاستحسان ان الشرب مرغوب فيه منتفع به ويمكن ان يملك بغير ارض بالارث والوصية
وقد يبيع الارض دون الشرب فيبقى له الشرب وحده فاذا استولى عليه غيره كان له ان يدفع الظلم عن نفسه
باثبات حقه بالبينة واذا كان لرجل ارض ولآخر فيها نهر فاراد رب الارض ان لا يجرى النهر فى ارضه لم يكن
له ذلك ويترك على حاله لان موضع النهر منها فى يد رب النهر مستعمل له باجراء مائه فيه فعند الاختلاف
القول قوله فى انه ملكه فان لم يكن فى يده ولم يكن جاريا فيها فعليه البينة ان هذا النهر له وانه قد كان
له مجراه فى هذا النهر يسوقه الى ارضه ليسقيها فيقضى له لاثباته بالحجة ملك الرقبة اذا كان الدعوى فيه
او حق الاجراء باثبات المجرى من غير دعوى الملك وعلى هذا المصب فى نهر او على سطح او الميزاب او الممشى
فى داره فحكم الاختلاف فيه نظيره فى الشرب **قال رحمه الله** نهر بين قوم اختصموا فى الشرب فهو بينهم على
قدر اراضيهم لان المقصود بالشرب سقى الاراضى والحاجة الى ذلك تختلف بقلة الاراضى وكثرتها
فالظاهر ان حق كل واحد منهم من الشرب بقدر ارضه وبقدر حاجته بخلاف الطريق اذا اختلف فيه الشركاء
حيث يستوون فى ملك رقبة الطريق ولا يعتبر فى ذلك سعة الدار وضيقها لان المقصود فيه الاستطراق
وهو لا يختلف باختلاف الدار **ولا يقال** قد استووا فى اثبات اليد فوجب ان يستووا فى الاستحقاق
لان الماء لا يمكن اثبات اليد عليه حقيقة اذ لا يمكن احرازه وانما ذلك بالانتفاع به والظاهر
ان الانتفاع يتفاوت بتفاوت الاراضى فيتفاوت الاحراز الذى هو فى ضمن الانتفاع فيكون فى يد كل
واحد منهم بحسب ذلك وليس لاحد منهم ان يسكر النهر على الاسفل ولكنه يشرب بحصته لان فى السكر
احداث شئ ... فى وسط النهر ورقبة النهر مشتركة بينهم فلا يجوز ذلك لبعض الشركاء بدون اذن
الشركاء فاذا تراضوا على ان الاعلى يسكر النهر حتى يشرب بحصته او اصطلحوا على ان يسكر كل واحد منهم
فى نوبته جاز لان الحق لهم وقد زال بتراضيهم ولكن ان امكنه ان يسكر بلوح او باب فليس له ان
يسكر بالطين والتراب لئلا يكبس النهر وفيه اضرار بالشركاء الا ان يتراضوا على ذلك ولو كان لماء

اخذ الماء للوضوء وغسل الثياب ... وحضر فى داره

الفرق بين الخاص والعام

ولو امتنع اهل الشرب كلهم عن الكرى لا يجبروا

اى موضع النهر

اى دعوى المصب

وقيل يقسم بقدر الخراج وقال الامام ابو على الدقاق يقسم بقدر ... مسكين

في النهر بحيث لا يجري الى ارض كل واحد منهم الا بالسكر فانه يبدأ باهل الاسفل حتى يرووا ثم بعد ذلك
لاهل الاعلى ان يسكروا وليس لهم ان يسكروا قبله لقول ابن مسعود اهل اسفل النهر امراء على اهل الاعلى حتى
يرووا وهذا يوجب بداية اهل الاسفل قال رحمه الله وليس لاحد ان يشق منه نهرا او ينصب عليه رحى
او دالية او جسرا او يوسع فم النهر او يقسم بالايام وقد وقعت القسمة بالكوى او يسوق نصيبه الى
ارض له اخرى ليس لها فيه شرب بلا رضاهم لان في شق النهر ونصب الرحى كسر ضفة النهر المشترك وشغل
الملك المشترك بالبناء وفي الكري تغيير الماء عن سننه الا ان يكون الرحى لا تضر بالنهر ولا بالماء ويكون
موضعها في ارض صاحبها فيجوز لان ما يحدث من البناء في خالص ملكه ولا تسبب الرحى لا ينقص الماء ومعنى
الضرر بالنهر كسر ضفته وبالماء ان يتغير عن سننه او ينقص ولم يوجد شيء من ذلك فيجوز والمانع من
الانتفاع بالماء مع بقائه على حاله متعنت قاصد الى الاضرار بغيره لا رافع الضرر عن نفسه فلا يلتفت
الى تعنته والدالية والسانية بمنزلة الرحى وفي القنطرة والجسر اشغال الموضع المشترك فيمنع منه
ولا يكون له ذلك الا برضاهم الدالية جذع طويل يركب تركيب مداق الارز في راسه مغرفة كبيرة
يستقى بها وقيل هو الدولاب والسانية البعير يستقى عليه من البئر والجسر اسم لما يوضع ويرفع مما يكون
متخذا من الالواح والخشب والقنطرة مما يتخذ من الاجر والحجر يكون موضوعا لا يرفع واذا كان نهر خاص
لرجل ياخذ من نهر خاص بين قوم فاراد ان يقنطر عليه ويستوثق من جانبيه كان له ذلك لانه يتصرف في خالص
ملكه وان كان مقنطرا مستوثقا من الجانبين فاراد ان ينقض ذلك لعلة او غير علة فان كان ذلك لا يزيد
في اخذ الماء كان له ذلك لانه يرفع بناء هو خالص حقه وملكه وان كان يزيد في اخذ الماء منع منه لحق
الشركاء وانما لا يكون له ان يوسع فم النهر لان فيه كسر ضفته ويزيد على مقدار حقه في اخذ الماء وهذا ظاهر
فيما اذا لم تكن القسمة بالكوى لانه اذا وسع فم النهر يحبس الماء في ذلك الموضع فيدخل في كونه اكثر مما
كان يدخل قبله وكذا اذا اراد ان يؤخر فم النهر فيجعلها في اربعة اذرع من فم النهر لانه يحبس الماء فيه
فيزداد دخول الماء فيه بخلاف ما اذا اراد ان يسفل كواه او يرفعها من حيث العمق في مكانه حيث يكون
له ذلك في الصحيح لان قسمة الماء في الاصل وقع باعتبار سعة الكوة وضيقها من غير اعتبار التسفل
والترفع في العمق هو العادة فلا يؤدي الى تغيير موضع القسمة فلا يمنع وانما لا يكون له ان يقسم
بالايام بعدما وقعت القسمة بالكوى لان القديم يترك على حاله لظهور الحق ولو كان لكل واحد منهم
كوى مسماة في نهر خاص لم يكن لواحد منهم ان يزيد كوة وان كان لا يضر باهله لان الشركة خاصة
بخلاف ما اذا كان الكوى في النهر الاعظم لان لكل واحد منهم ان يشق نهرا منه ابتداء فكان الكوى بالطريق
الاولى وانما لا يكون له ان يسوق شربه الى ارض له اخرى ليس لها فيها شرب لانه اذا فعل ذلك
يخشى ان يدعي حق الشرب لها من هذا النهر مع الاولى اذا تقادم العهد ويستدل على ذلك بالحفر
او جري الماء فيه اليها وكذا لو اراد ان يسوق شربه في ارضه الاولى حتى ينتهي الى الاخرى لانه يستوفي
زيادة على حقه اذ الارض الاولى تنشف بعض الماء قبل ان تسقى الاخرى وهو نظير طريق مشترك
اراد احدهم ان يفتح فيه بابا الى دار اخرى ساكنها غير ساكن هذه الدار التي مفتحها في [illegible]
بخلاف ما اذا كان ساكن الدارين واحدا حيث لا يمنع لان المارة لا تزداد [illegible]
[illegible] ولو اراد الاعلى من الشريكين في النهر الخاص وفيه كوى [illegible]
بعضها [illegible] فيفيض الماء عن ارضه [illegible] ذلك لما فيه من الاضرار [illegible] ولو اراد ان
يقسم النهر مناصفة لان القسمة بالكوى تقدمت الا ان يتراضيا [illegible] التراضي لصاحب
الاسفل ان ينقض ذلك وكذا لورثته من بعده لانه اعارة الشرب [illegible] مبادلة الشرب بالشرب باطلة

بان يكون بطن النهر وحافتاه مملوكة له والا فحق للقبيل فانه يجوز مسكين

وكذا اجارة الشرب لا يجوز لما عرف في موضعه فتعينت الاعارة وهذا لان القسمة بالكوى قد تم
وليس لاحدهما ان ينقض تلك القسمة فاذا تراضيا على خلاف ذلك يكون كل واحد منهما معيرا
نصيبه لصاحبه فيرجع فيها هو او ورثته اي وقت شاؤوا لان العارية غير لازمة قال رحمه الله ويورث
الشرب ويوصى بالانتفاع بعينه ولا يباع ولا يوهب والفرق ان الورثة خلفاء الميت فيقومون
مقامه في حقوق الميت واملاكه وجاز ان يقوموا مقامه فيما لا يجوز تمليكه بالمعاوضات والتبرعات
كالدين والقصاص والخمر فكذا الشرب والوصية اخت الميراث فكانت مثله بخلاف البيع والهبة والصدقة
والوصية بذلك حيث لا يجوز للغرر او الجهالة او لعدم الملك فيه للحال او لانه ليس بمال متقوم
حتى لو اتلف شرب انسان بان سقى ارضه من شرب غيره لا يضمن على رواية الاصل وكذا لا يضمن بعقد
والوصية ببيعه وهبته والتصدق به مثل بيعه فلا يجوز بخلاف الوصية بالانتفاع به على ما بينا
وكذا لا يصلح مسمى في النكاح ولا في الخلع ولا في الصلح عن دم عمد او عن دعوى لكن هذه العقود صحيحة
لانها لا تبطل بالشروط الفاسدة ولا يملك الشرب لانه لا يملك بسائر الاسباب فكذا بهذا السبب ويجب
على الزوج مهر المثل وعلى المراة رد ما اخذت من المهر وعلى القاتل الدية وللمدعي ان يرجع على دعواه
لبطلان المسمى ولو مات وعليه دين لا يباع الشرب بدون الارض لما ذكرنا وان لم يكن له ارض قيل
يجمع الماء في كل نوبة في حوض فيباع الماء الى ان يقضي دينه من ذلك وقيل ينظر الامام الى ارض لا شرب
لها فيضم هذا الشرب اليها فيبيعهما برضى صاحبها ثم ينظر الى قيمة الارض بدون الشرب والى قيمتها معه
فيصرف تفاوت ما بينهما من الثمن الى قضاء دين الميت والسبيل في معرفة قيمة الشرب اذا اراد قسمة الثمن
على قيمتهما ان يقوم الشرب على تقدير ان لو كان يجوز بيعه وهو نظير ما قال بعضهم في العقر الواجب بشبهة
ينظر الى مثل هذه المراة بكم كانت تستاجر على الزنى فذلك العقر هو عقرها في الوطء بشبهة وان لم يجد اشترى
على تركة هذا الميت ارضا بغير شرب ثم ضم هذا الشرب اليها وباعهما فيؤدي من الثمن ثمن الارض المشتراة
والفاضل للغرماء قال رحمه الله ولو ملأ ارضه ماء فنزت ارض جاره او غرقت لم يضمن لانه مسبب وليس بمتعد
فيه فلا يضمن لان شرط وجوب الضمان في التسبب ان يكون متعديا الا ترى ان من حفر بيرا في ارضه لا يضمن
ما عطب فيها لما قلنا وان حفر في الطريق يضمن وانما قلنا انه ليس بمتعد لان له ان يملأ ارضه ماء ويسقيها
[illegible] اذا سقى ارضه سقيا معتادا بان سقاها قدر ما تحتمله عادة واما اذا سقاها سقيا لا تحتمله ارضه
يضمن وهو نظير ما لو اوقد نارا في داره فاحترق دار جاره فانه ان كان اوقد مثل العادة لا يضمن وان
كان خلاف العادة يضمن وكان الشيخ الامام اسمعيل يقول انما لا يضمن بالسقي المعتاد اذا كان محقا فيه بان
سقى ارضه في نوبته مقدار حقه واما اذا سقاها في غير نوبته او في نوبته زيادة على حقه فيضمن لوجود
التعدي في التسبب والله اعلم

كتاب الاشربة

قال رحمه الله والشراب ما يسكر يعني في
اصطلاح الفقهاء وهو في اللغة اسم لكل ما يشرب من المائعات والاشربة جمع شراب والمراد بها هنا ما حرم
منها لكونه مسكرا قال رحمه الله والمحرم منها اربعة الخمر وهي النيء من ماء العنب اذا غلا واشتد وقذف
بالزبد وتحرم قليلها وكثيرها وقال بعضهم كل مسكر خمر لما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما انه عليه السلام
قال كل مسكر خمر وكل مسكر حرام رواه مسلم وابو داود والترمذي وغيرهم وفي [illegible] كل مسكر خمر وكل خمر
حرام رواه مسلم [illegible] ولقوله عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين النخلة والعنبة رواه مسلم وابو داود والترمذي
وجماعة اخر وعن النعمان بن بشير قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان من الحنطة خمرا وان من الشعير
خمرا ومن الزبيب خمرا ومن التمر خمرا ومن العسل خمرا رواه ابو داود والترمذي وجماعة اخر ولانها
سميت خمرا لمخامرتها العقل والسكر يوجد في شرب غيرها فكان خمرا ولنا ان الخمر حقيقة اسم للنيء من ماء [illegible]

سقى ارضه من شرب غيره لا يضمن

ولا يصلح الشرب مسمى في [illegible]

مات وعليه دين ولا شرب وكيف يعرف قيمته

سقى ارضه فنزت

المسكر باتفاق اهل اللغة وغيره يسمى مثلثا او باذقا الى غير ذلك من اسمائه وتسمية غيرها خمرا مجازا
وعليه يحمل الحديث او على بيان الحكم ان ثبت لانه عليه السلام بعث لبيان الحقايق ولا نسلم انها سميت
خمرا لمخامرتها العقل بل لتخمرها ولئن سلمنا انها سميت بالخمر لمخامرتها العقل لا يلزم منه ان يسمى غيرها
بالخمر قياسا عليها لان القياس لاثبات الاسماء اللغوية باطل وانما هو لتعدي الحكم الشرعي في موضعه
الا ترى ان البرج سمي برجا لتبرجه وهو الظهور وكذا النجم سمي نجما لظهوره ثم لا يسمى كل ظاهر برجا
ولا نجما وكذا يقال للفرس ابلق لاجل لون مخصوص ثم لا يسمى الثوب به وان كان فيه ذلك اللون
وما ذكره في المختصر من حد الخمر هو قول ابي حنيفة رحمه الله وعندهما اذا اشتد صار خمرا ولا يشترط فيه
القذف بالزبد لان اللذة المطربة والقوة المسكرة تحصل به وهو المؤثر في ايقاع العداوة والصد
عن الصلاة واما القذف بالزبد فصفاء ولا تاثير له في احداث صفة السكر وله ان الغليان بداية
الشدة وكماله بقذف الزبد لانه يتميز به الصافي عن الكدر واحكام الشرع المتعلقة بها قطعية
كالحد واكفار مستحلها وحرمة بيعها ونحو ذلك فيناط بالنهاية وقيل يوخذ بحرمة الشرب بمجرد الاشتداد وفي وجوب
الحد على الشارب بقذف الزبد احتياطا والكلام فيها في مواضع احدها في بيان ماهيتها والثاني في
وقت ثبوت هذا الاسم لها وقد بيناهما والثالث ان عينها حرام غير معلول بالسكر ولا يتوقف عليه
بخلاف غيرها من الاشربة فان حرمتها متوقفة على السكر ومن الناس من يقول عين المسكر منها ليس بحرام كغيرها
من الاشربة لان الفساد لا يحصل به وهذا كفر لانه يخالف الكتاب والسنة والاجماع ولان قليله يدعو
الى كثيره وهو من خواص الخمر بان تزداد اللذة باستكثارها بخلاف ساير المشروبات وجاز ان تحرم لاجل
لذتها ايضا بل هو الظاهر لما في التلذذ بها من الاشتغال عن الخيرات والتشبه بالمترفين الا ترى انه عليه السلام
قال من شرب الخمر في الدنيا ثم لم يتب حرمها في الاخرة رواه البخاري ومسلم وغيرهما وهذا مطلق من غير قيد
فيتناولها مطلقا والدليل عليه ان التي في الاخرة غير مسكر والتنعم بها في الدنيا هو الذي يوجب حرمانها
في الاخرة كما قال تعالى اذهبتم طيباتكم في حياتكم الدنيا ونظيره لبس الحرير فان من لبسه في الدنيا لا يلبسه
في الاخرة لاجل التنعم به لا لغيره والقاضي يعني عن الحكم او الاسم الى غيرها وهو بعيد لان النص ورد بتحريمها
لذاتها لقوله عليه السلام حرمت الخمر لعينها والسكر من كل شراب ولا يجوز التعليل مع النص على عدم التعليل
وكذا لا يجوز التعليل لتعدية الاسم على ما بينا والرابع انها نجسة نجاسة غليظة كالبول لثبوت حرمتها
بدليل مقطوع به والخامس انه يكفر مستحلها لانكاره الدليل القطعي والسادس سقوط تقومها في حق
المسلم حتى لا يضمن غاصبها ومتلفها ولا يجوز بيعها لقوله عليه السلام ان الذي حرم شربها حرم بيعها رواه
مسلم واحمد ولان الله تعالى لما حرمها فقد اهانها والتقوم يشعر بعزتها واختلفوا في سقوط ماليتها وقال
صاحب الهداية والاصح انها مال لان الطباع تميل اليها وتضن بها والسابع حرمة الانتفاع بها لان الانتفاع
بالنجس حرام ولان الله تعالى امر باجتنابها وفي الانتفاع بها اقترابها والثامن انه يحد شاربها وان لم
يسكر منها لما بينا من قبل والتاسع ان الطبخ لا يؤثر فيها لانه للمنع من ثبوت الحرمة لا لرفعها بعد
ثبوتها الا انه لا يحد فيه ما لم يسكر منه على ما قالوا لان الحد في النيء خاصة لما ذكرنا .

… الى المطبوخ والعاشر جواز تخليلها على ما يجيء من بعد ان شاء الله تعالى **قال رحمه الله** والعصير
ان طبخ حتى ذهب اقل من ثلثيه وهو النوع الثاني من الاشربة المحرمة وقال في … ويسمى الطلاء
المثلث وهو ما اذا طبخ من ماء العنب حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه وصار مسكرا وهو الصواب
لما روي ان كبار الصحابة كانوا يشربون من الطلاء ما ذهب ثلثاه وبقي ثلثه …
وانما سمي طلاء لقول عمر رضي الله عنه ما اشبه هذا بطلاء البعير وهو القطران الذي يطلى به البعير اذا كان

يؤخذ بحرمة الشرب بمجرد الاشتداد

الخمر غير معلول بالسكر بخلاف غيرها

جرب وهو يشبهه وفي الهداية هو مثل ما ذكره في المختصر وهو الذي يطبخ حتى يذهب اقل من ثلثيه
ويسمى الباذق ايضا سواء كان الذاهب قليلا او كثيرا بعد ان لم يكن الذاهب ثلثيه والمنصف منه وهو
ما ذهب نصفه وبقي نصفه وكل ذلك حرام عندنا اذا غلا واشتد وقذف بالزبد واذا اشتد ولم يقذف
بالزبد فهو على الاختلاف وقال الاوزاعي انه مباح وهو قول بعض المعتزلة لانه مشروب طيب وليس بخمر
ولنا انه كالخمر لانه رقيق ملذ مطرب يدعو قليله الى كثيره ولهذا يجتمع عليه الفساق فيحرم شربه
دفعا للفساد المتعلق به كالخمر بخلاف المثلث فانه ثخين وليس برقيق فلا يدعو قليله الى كثيره
قال رحمه الله والسكر وهو النيء من ماء الرطب وهو النوع الثالث من الاشربة المحرمة مشتق من سكرت
الريح اذا سكنت وانما يحرم اذا اشتد وقذف بالزبد وقيل حلال وقال شريك بن عبد الله هو مباح
وان قذف بالزبد لقوله تعالى تتخذون منه سكرا ورزقا حسنا امتن علينا به والامتنان لا يتحقق بالمحرم
ولنا ما روينا من قبل واجماع الصحابة رضي الله عنهم والاية محمولة على الابتداء حين كانت الاشربة مباحة
وقيل اريد به التوبيخ معناها والله اعلم تتخذون منه سكرا وتدعونه رزقا حسنا **قال رحمه الله** ونقيع
الزبيب وهو النيء من ماء الزبيب وهو النوع الرابع من الاشربة المحرمة اذا اشتد لما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما
انه عليه السلام كان ينقع له الزبيب فيشربه اليوم وبعد الغد الى مساء الثالثة ثم يامر به فيسقى الخدم
رواه مسلم فان بقي شيء اهراقه او امر به فاريق وشرط حرمتها ان يقذف بالزبد بعد الغليان ويأتي فيه
خلاف الاوزاعي كما في الباذق والوجه قد بيناه فيه ثم حرمة هذه الاشياء دون حرمة الخمر حتى لا يكفر
مستحلها ولا يجب الحد بشربها حتى يسكر ونجاستها خفيفة في رواية ويجوز بيعها ويضمن متلفها عند ابي حنيفة
على ما يأتي في الغصب وعن ابي يوسف انه يجوز بيعها اذا كان الذاهب بالطبخ اكثر من النصف بخلاف الخمر
لان حرمتها قطعية فيكفر مستحلها ويحد شاربها وان لم يسكر ولو قطرة ونجاستها غليظة رواية واحدة
ولا يجوز بيعها ولا يضمن متلفها وحرمة غيرها من الاشربة غير قطعية فلا يكون مثلها **قال رحمه الله** والكل
حرام اذا غلى واشتد وحرمتها دون حرمة الخمر فلا يكفر مستحلها بخلاف الخمر وقد بينا وجهها واحكامها
فلا حاجة الى اعادته **قال رحمه الله** والحلال منها اربعة نبيذ التمر والزبيب ان طبخ ادنى طبخة وان اشتد
اذا شرب ما لم يسكر بلا لهو وطرب والخليطان ونبيذ العسل والتين والبر والشعير والذرة طبخ او لا والمثلث
العنبي اما الاول وهو نبيذ التمر والزبيب ان طبخ ادنى طبخة وهو ان يطبخ الى ان ينضج فلما روي عن
قتادة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا تنبذوا الزهو والرطب جميعا ولا تنبذوا الرطب والزبيب جميعا
ولكن انبذوا كل واحد منهما على حدته رواه مسلم واحمد والبخاري رواه وذكر التمر بدل الرطب وهذا النص
ان المتخذ من كل واحد منهما مباح وعن ابي سعيد رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن التمر والزبيب
يخلط بينهما في الانتباذ الحديث الى ان قال من شربه منكم فليشربه زبيبا فردا او تمرا فردا او بسرا فردا
رواه مسلم والنسائي وقد ورد في النهي عن الخليطين احاديث كثيرة كلها صحاح وكلها تدل على ان كل
… على الانفراد يحل وهذا محمول على المطبوخ منه لان غير المطبوخ منه حرام باجماع الصحابة رضي الله عنهم
… لما روي عن انس رضي الله عنه ان الخمر حرمت والخمر يومئذ البسر والتمر رواه البخاري
… به غير المطبوخ لان حكمه حكم الخمر فلهذا اطلق عليه اسم الخمر …
… كلها صحاح فاذا حمل المحرم على النيء والمحلل على المطبوخ .

… واما الثاني وهو الخليطان فلما روي عن عايشة رضي الله عنها انها قالت كنا ننتبذ
لرسول الله صلى الله عليه وسلم في سقاء فناخذ قبضة من تمر وقبضة من زبيب فنطرحهما فيه ثم نصب عليه الماء
فننبذه غدوة فيشربه عشية وننبذه عشية فيشربه غدوة رواه ابن ماجة وروي عن ابن زياد …

قال سقاني ابن عمر رضي الله عنه شربة ما كدت اهتدي الى اهلي فغدوت اليه من الغد فاخبرته بذلك فقال
ما زدناك على عجوة وزبيب وهو محمول على المطبوخ لان المروي عنه حرمة نقيع الزبيب النيء منه وما روي
من النهي عن الخليط فيما روينا محمول على حالة القحط والعوز لئلا يجمع بين النعمتين وجاره محتاج بل يؤثر
باحدهما جاره والاباحة كانت في حالة السعة والحمل ماثور عن ابراهيم النخعي رحمه الله واما الثالث وهو نبيذ
العسل والتين والبر والشعير فلقوله عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين النخلة والعنبة رواه مسلم واحمد
وغيرهما اخص التحريم بهما والمراد بيان الحكم اي حكمهما او احدهما لان كلا منهما يسمى خمرا حقيقة ولا يشترط فيه
الطبخ لان قليله لا يفضي الى الكثير كيفما كان واما الرابع وهو المثلث وهو ما طبخ من ماء العنب حتى يذهب
ثلثاه ويبقى الثلث فلما روي عن ابي موسى انه كان يشرب من الطلاء ما ذهب ثلثاه وبقي الثلث رواه النسائي
وله مثله عن [illegible] عمر وابي الدرداء وقال البخاري راى عمر وابو عبيدة ومعاذ شرب الطلاء على الثلث وشرب
البراء وابو جحيفة على النصف وقال ابو داود سالت احمد عن شرب الطلاء اذا ذهب ثلثاه وبقي ثلثه فقال لا
باس به فقلت انهم يقولون انه يسكر فقال لا يسكر لو كان يسكر لما احله عمر رضي الله عنه ولانه لا يحصل به
الفساد من الصد والقاء العداوة بشرب القليل منه بخلاف الخمر فانها حرمت لعينها فلا يشترط فيها السكر
ولان قليلها يدعو الى كثيرها على ما بيناه ولا كذلك المثلث لانه لغلظه لا يدعو الى الكثير وهو في نفسه غذاء
فيبقى على اصل الاباحة وهذا كله قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد ومالك والشافعي كل ما اسكر كثيره فقليله
حرام من اي نوع كان لقوله عليه السلام كل مسكر خمر وكل مسكر حرام رواه مسلم من رواية ابن عمر رضي الله عنه وعن عائشة
رضي الله عنها انها قالت سئل النبي صلى الله عليه وسلم عن البتع وعن نبيذ العسل وكان اهل اليمن يشربونه فقال كل
شراب اسكر فهو حرام رواه البخاري ومسلم واحمد وعن ابي موسى رضي الله عنه قال قلت يا رسول الله افتنا في
شرابين كنا نصنعهما باليمن البتع وهو من العسل ينبذ حتى يشتد والمزر وهو من الذرة والشعير ينبذ
حتى يشتد قال وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم قد اعطي جوامع الكلم بخواتيمه فقال كل مسكر حرام رواه البخاري
ومسلم واحمد وعن ابن عمر رضي الله عنهما انه عليه السلام قال ما اسكر كثيره فقليله حرام رواه احمد وابن ماجة
والدارقطني وصححه وفيه من الاخبار الصحاح ما لا يحصى ولهما ما روينا من اطلاق الانتباذ على الانفراد
والخليط ولان المسكر هو القدح الاخير حقيقة فيحمل عليه اذ الحكم يضاف الى الوصف الاخير من علة ذات
اوجه فتقتصر الحرمة عليه ونظيره الاسراف في الاكل فان الزائد على الشبع هو الحرام لا غير وهذا الاختلاف
فيما اذا قصد به التقوي دون التلهي وان قصد به التلهي فهو حرام بالاجماع وعن محمد انه قال [illegible]
وعنه انه كرهه وعنه انه توقف فيه فاذا كان مباحا عندهما فلا يحد شاربه وان سكر منه ولا يقع
طلاق السكران منه بمنزلة النائم وذاهب العقل بالبنج ولبن الرماك وعند محمد يحد اذا سكر منه و
طلاقه اذا طلق امراته وهو سكران منه كما في سائر الاشربة المحرمة وكان ابو يوسف اولا يقول ما كان من
الاشربة يبقى بعد ما يبلغ عشرة ايام ولا يفسد فاني اكرهه وكان قوله في الاول مثل قول محمد الا انه
بهذا الشرط ومعنى قوله لا يفسد لا يحمض لان بقاءه في هذه المدة من غير ان يفسد دليل قوته
فكان اية حرمته ومثله مروي عن ابن عباس رضي الله عنهما ثم رجع الى قول ابي حنيفة فاعتبر حده
كما اعتبرها ابو حنيفة على الحد الذي ذكرنا فيما يحرم شربه اصلا كالخمر والثلاثة المحرمة و[illegible]
والفتوى في زماننا بقول محمد حتى يحد من سكر من الانبذة المتخذة من الحبوب والعسل واللبن والتين
لان الفساق يجتمعون على هذه الاشربة في زماننا ويقصدون السكر واللهو بشربها وعن ابي حنيفة رواية
المتخذ من لبن الرماك [illegible] انه يحل عنده على ما ذكره صاحب
الهداية لان كراهية لحمه لاحترامه لئلا يؤدي الى قطع مادة الجهاد فلا يتعدى الى لبنه والثلث

اذا صب عليه الماء وطبخ فحكمه حكم المثلث لان صب الماء فيه لا يزيده الا ضعفا بخلاف ما اذا صب الماء
على العصير ثم طبخ حتى يذهب ثلثا الكل لان الماء يذهب اولا للطافته او يذهب منهما ولا يدري ايهما
ذهب اكثر فيحتمل ان يكون الذاهب من العصير اقل من ثلثيه ولو طبخ العنب قبل العصر اكتفي بادنى طبخة
في رواية عن ابي حنيفة وفي رواية لا يحل ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ لان العصير موجود فيه من غير تغير
فصار كما لو طبخ فيه بعد العصر ولو جمع بين العنب والتمر او بينه وبين الزبيب فطبخ لا يحل حتى يذهب
ثلثاه لان التمر او الزبيب ان كان يكتفى فيه بادنى طبخة فعصير العنب لا بد ان يذهب ثلثاه فيعتبر
جانب العنب احتياطا للحرمة وكذا اذا جمع بين عصير العنب ونقيع التمر لما قلنا ولو طبخ نقيع التمر
او نقيع الزبيب ادنى طبخة ثم نقع فيه تمرا او زبيبا ان كان ما نقع فيه شيئا يسيرا لا يتخذ النبيذ
من مثله فلا باس به وان كان يتخذ النبيذ من مثله لا يحل كما اذا صب في المطبوخ قدح من نقيع والمعنى
تغليب جهة الحرمة ولا حد في شربه لان التحريم للاحتياط والاحتياط في الحد في درئه ولو طبخ الخمر او غيره
بعد الاشتداد حتى يذهب ثلثاه لم يحل لان الحرمة قد تقررت فلا ترتفع بالطبخ قال رحمه الله وحل الانتباذ
في الدباء والحنتم والمزفت والنقير لما روي عن بريدة رضي الله عنه انه عليه السلام قال كنت نهيتكم عن الاشربة
في ظروف الادم فاشربوا في كل وعاء غير ان لا تشربوا مسكرا رواه مسلم وابو داود وجماعة اخر وكان الانتباذ
في هذه الاوعية منهيا عنه كما قال ابن عمر رضي الله عنه نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الحنتمة وهي الجرة ونهى عن الدباء
وهي القرعة ونهى عن النقير وهي اصل النخل ينقر نقرا او ينسج نسجا ونهى عن المزفت وهي المقير الحديث ثم نسخ
بما روينا وقال ابو هريرة الحنتم الجرار الخضر وفسر النبي صلى الله عليه وسلم النقير بالجذع ينقر وسطه وقيل الحنتم
الجرار الحمر ثم ان انتبذ في هذه الاوعية قبل استعمالها في الخمر لا اشكال في حله وطهارته وان استعمل فيها
الخمر ثم انتبذ فيها ينظر فان كان الوعاء عتيقا يطهر بغسله ثلاثا وان كان جديدا لا يطهر عند محمد لتشرب
الخمر فيه بخلاف العتيق وعند ابي يوسف يغسل ثلاثا ويجفف في كل مرة وهي من مسائل غسل ما لا ينعصر بالعصر
وقيل عند ابي يوسف يملأ ماء مرة بعد اخرى حتى اذا خرج الماء صافيا غير متغير لونا او طعما او رائحة حكم بطهارته
قال رحمه الله وخل الخمر سواء خللت او تخللت اي حل خل الخمر ولا فرق في ذلك بين ان تتخلل هي او تخلل
وقال الشافعي ان خللها بالقاء شيء فيها كالملح والخل لا يحل ذلك قولا واحدا وان كان بغير القاء شيء
فيها بل بالنقل من ظل الى شمس او ايقاد النار بالقرب منها فلا يحل ذلك الفعل وان صار بذلك خلا فله
قولان له ما روي عن انس رضي الله عنه انه عليه السلام سئل عن الخمر تتخذ خلا فقال لا رواه مسلم واحمد
وابو داود والترمذي وصححه وعن انس ان ابا طلحة سال النبي صلى الله عليه وسلم عن ايتام ورثوا خمرا
فقال اهرقها قال افلا نجعلها خلا قال لا رواه احمد وابو داود ولانا امرنا باجتناب الخمر وفي التخليل اقتراب
منها على وجه التمول فلا يجوز لانه يضاد النهي ولان ما يلقى في الخمر يتنجس باول الملاقاة وما يكون
نجسا لا يفيد الطهارة بخلاف ما اذا تخللت بنفسها لانه لم يوجد فيه تنجس شيء بالملاقاة ولا اقتراب
ونظيره قتل المورث فانه يحرم الارث لمباشرته الحرام وان مات بنفسه ورثه وكذا الصيد
اذا اخرجه بل يجب عليه رده اليه وان خرج بنفسه حل ولنا قوله عليه السلام نعم الادام
الخل مطلقا [illegible] لجميع صورها ولان بالتخليل ازالة الوصف المفسد واثبات صفة الصلاح
من حيث تسكين الصفراء وكسر الشهوة والتغذي به والاصلاح مباح كالدباغ [illegible] المصالح
مباح ولا اقتراب واعدام الفساد فاشبه الاراقة والتخليل اولى لما فيه من احراز مال يصير حلالا
في المال فيختاره من ابتلي به [illegible] والنهي عنه [illegible] استعمال الخل بان تنتفع بها
انتفاعا كالانتفاع [illegible] عن تخليل الحرام وتحريم الحلال وان تخلل

الدواب كراسي [illegible] اذا الاستعمال وفي التنزيل اتخذوا احبارهم ورهبانهم اربابا من دون الله قال عدي
بن حاتم ما عبدناهم قط قال عليه السلام اليس كانوا يامرون وينهون وتطيعونهم قال نعم قال هو ذاك
فقد فسر الاتخاذ بالاستعمال او نقول ليس فيما روى دلالة على ان الخمر لا تطهر بالتخليل ولا انه تعرض لذلك
اصلا وانما يوجب حرمة الفعل وهو التخليل لا غير وذلك لا يمنع حصول الطهارة اذا وجد الا ترى انا
نهينا عن التوضي بماء مملوك الغير بدون رضاه وعن الاستنجاء باشياء كثيرة ثم اذا فعل ذلك تحصل به
الطهارة وكذا الصلوة في الارض المغصوبة والبيع وقت النداء منهي عنه ثم اذا فعل يفيد ذلك حكمه
مع حرمته وتنجس الشيء الملقى فيها للمجاورة فاذا صارت خلا طهر بالاستحالة ولم يبق مجاور
النجاسة الا ترى ان ظرفها طاهر لان تنجسه بنجاستها فاذا طهر بالتخليل جميع اجزائها لم يوجد المنجس
وليس فيه تصرف في الخمر على قصد التمول بل هو اتلاف لصفة الخمرية ولا كذلك اخراج صيد الحرم وقتل
المورث فافترقا ثم اذا صارت الخمر خلا يطهر ما يوازيها من الاناء فاما اعلاه وهو الذي انتقص منه الخمر
فقد قيل يطهر تبعا وقيل لا يطهر لانه تنجس باصابة الخمر ولم يوجد ما يوجب طهارته فيبقى نجسا على ما كان
ولو غسل بالخل فتخلل من ساعته طهر للاستحالة وكذا اذا صب منه الخمر ثم ملئ خلا يطهر في الحال لما قلنا
قال رحمه الله ويكره شرب دردي الخمر والامتشاط به لان فيها اجزاء الخمر فكان حراما نجسا والانتفاع بمثله
حرام ولهذا لا يجوز ان يداوى به جرحا ولا ان يسقى ذميا ولا صبيا ولو بال لمن سقاه وكذا لا يسقيها
الدواب وقيل لا يحمل الخمر اليها اما اذا قيدت الى الخمر فلا باس به كما في الكلب والميتة ولو القى الدردي
في الخل فلا باس به لانه يصير خلا لكن يباح حمل الخل اليه دون عكسه قال رحمه الله ولا يحد شاربه
اي شارب الدردي الا اذا سكر وقال الشافعي يحد شاربه لان الحد يجب بشرب قطرة من الخمر وفي الدردي
قطرات منها قلنا ان وجوب الحد للزجر والزاجر يشرع فيما تميل الطباع اليه ولا تميل الطباع الى شرب
الدردي بل تعافه وتنفر منه فكان ناقصا فاشبه غير الخمر من الاشربة ولا حد فيها الا بالسكر بخلاف
الخمر لان النفس تميل اليها وقليلها يدعو الى كثيرها ولا كذلك الدردي ولان الغالب عليها الثفل فاشبه
غالب الماء ولو جعلت الخمر في مرقة فطبخت لا تؤكل للتنجس والطبخ لا يؤثر في الخمر ولو اكل منه لا يحد الا
اذا سكر لغلبة غيرها عليها ام لكونها مطبوخة وكذا اذا عجن الدقيق بها ويكره الاحتقان بالخمر واقطارها
في الاحليل لانه انتفاع بالنجس المحرم ولا يجب الحد لعدم الشرب وهو السبب وذكر في النهاية ان الاستشفاء
بالحرام جائز اذا علم ان فيه شفاء وليس له دواء آخر غيره وعزاه الى الذخيرة

فصل في طبخ العصير

الاصل فيه ان ما ذهب بغليانه بالنار وقذفه بالزبد لا يعتد به حتى يعتبر ذهاب ثلثي ما بقي
فيحل الثلث الباقي بعده ولو صب فيه الماء قبل الطبخ ثم طبخ عامة ينظر ان كان الماء اسرع ذهابا لرقته
ورقته يعتبر ذهاب ثلثي العصير بعد ذهاب الماء الذي صب فيه كله وبعد ذهاب الزبد فيحل الثلث
الباقي من العصير لان الذاهب الاول هو الماء والزبد والباقي هو العصير فلا بد من ذهاب ثلثيه وان كانا
يذهبان معا فطبخ حتى يذهب ثلثا المجموع بعد ذهاب الزبد فيحل الثلث الباقي لذهاب الثلثين
[illegible] الثلث ماء وعصيرا ولو طبخ العصير فذهب اقل من الثلثين ثم اهريق بعضه [illegible]
[illegible] ثلثاه بالطبخ وطريق معرفته ان ياخذ ثلث الجميع فيضرب به في الباقي بعد [illegible]
الخارج من الضرب على ما بقي بعد ذهاب ما ذهب منه بالطبخ قبل ان ينصب منه شيء [illegible] الواحد
بالقسمة فذلك القدر هو الحلال فيطبخ الباقي الى ان يبقى قدره فيحل مثاله [illegible] عشر رطلا من العصير
طبخ حتى ذهب اربعة ارطال ثم اهريق رطلان يأخذ ثلث العصير كله وهو اربعة فيضربه فيما بقي بعد
الانصباب وهو ستة فيصير اربعة وعشرين فيقسمه على ما بقي بعد ذهاب ما ذهب منه بالطبخ قبل ان

يهراق منه وذلك ثمانية فيصيب كل واحد منها ثلاثة فيكون ذلك القدر هو الحلال فيطبخ الباقي الى ان
يبقى قدره فيحل وان شئت ضمنت ما ذهب بالطبخ على المنصب وعلى ما بقي بعد الانصباب فما اصاب
المنصب يجعل مع المنصب كان لم يكن فكان جميع العصير هو الباقي وما اصابه من الذاهب بالطبخ فقد ذهب
منه ذلك القدر فيطبخ حتى يذهب الى تمام الثلثين وان شئت قلت ان الباقي بعد الطبخ قبل الانصباب
بعضه حلال وهو قدر ثلث الجميع فاذا اهريق بعضه اهريق من الحلال بحسابه فيطبخ الباقي حتى يبقى
قدر ما بقي فيه من الحلال والله اعلم

كتاب الصيد

قال رحمه الله هو الاصطياد اي الصيد
هو الاصطياد في اللغة يقال صاد يصيد صيدا وسمي المصيد به تسمية للمفعول بالمصدر فصار اسما
لكل حيوان متوحش ممتنع عن الادمي ماكولا كان او غيره والاصطياد مباح في غير الحرم لغير المحرم وكذا
المصيد ان كان ماكولا لقوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا ولقوله تعالى وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما
ولقوله عليه السلام الصيد لمن اخذه ولقوله عليه السلام لعدي بن حاتم اذا ارسلت كلبك المعلم فاذكر اسم الله
فان امسك عليك فادركته حيا فاذبحه وان ادركته قد قتل ولم ياكل منه فكله فان اخذ الكلب
ذكاته رواه البخاري ومسلم واحمد ولانه نوع اكتساب وانتفاع بما هو مخلوق لذلك فكان مباحا كالاحتطاب
ليتمكن المكلف من اقامة التكاليف قال رحمه الله ويحل بالكلب المعلم والفهد والبازي وساير الجوارح المعلمة
اي يحل الاصطياد بهذه الاشياء وغيرها من الجوارح كالشاهين والباشق والعقاب والصقر وفي الجامع
الصغير وكل شيء علمته من ذي ناب من السباع وذي مخلب من الطير فلا باس بصيده ولا خير فيما سوى ذلك
الا ان تدرك ذكاته فتذكيه والاصل فيه قوله تعالى احل لكم الطيبات وما علمتم من الجوارح مكلبين تعلمونهن
مما علمكم الله اي صيد ما علمتم من الجوارح وهو معطوف على الطيبات والجوارح الكواسب والجرح الكسب
قال تعالى ويعلم ما جرحتم بالنهار اي كسبتم وقيل هي ان تكون جارحة بنابها او مخلبها حقيقة ويمكن
حمل الاية على المعنيين فيشترط الجراحة حقيقة على ما هو ظاهر الرواية لان في اشتراط الجرح من الكواسب
عملا بالمتيقن به والكلب المعلم من الكلاب ومود بهاتم عميم في كل ما ادب جارحة بهيمة كانت او طايرا
ومعنى قوله مكلبين معلمين الاصطياد تعلمونهن تؤدبونهن فيتناول كل ما علم من الجوارح ودل عليه ما روي
من حديث عدي رضي الله عنه لان اسم الكلب يقع على كل سبع حتى الاسد وعن ابي يوسف انه استثنى من ذلك
الاسد والدب لانهما لا يعملان لغيرهما الاسد لعلو همته والدب لخساسته كذا ذكره في الهداية والكافي
ذكر في النهاية الذيب بدل الدب وكذا في المحيط ولانهما لا يتعلمان عادة ولان التعلم يعرف بترك الاكل
عملا بالكلب الصيد في الحال فلا يمكن الاستدلال بترك الاكل على التعلم حتى لو تصور التعلم منهما وعرف
الرجل جاز ذكره في النهاية والحق بعضهم الحداة بهما لخساستها والخنزير مستثنى من ذلك لانه نجس
العين فلا يجوز الانتفاع به قال رحمه الله ولا بد من التعليم لقوله تعالى وما علمتم من الجوارح مكلبين تعلمونهن
[illegible] عليه السلام لثعلبة ما صدت بكلبك المعلم فذكرت اسم الله عليه فكل وما صدت بكلبك غير
[illegible] ذكاته فكل رواه البخاري ومسلم واحمد وكذا لا بد ان يكون المرسل اهلا للذكاة
[illegible] او كتابيا يعقل التسمية ويضبط على نحو ما ذكرنا في الذبائح قال رحمه الله وذا بترك
الكلب وبالرجوع اذا دعوته في البازي اي التعليم في الكلب يكون بترك الاكل [illegible]
[illegible] بالرجوع اذا دعي روي ذلك عن ابن عباس رضي الله عنهما لان بدن الكلب يحتمل
الضرب [illegible] حتى يترك الاكل وبدن البازي لا يحتمل الضرب فلا يمكن [illegible] الشرط فيه
فاكتفي بغيره مما يدل على التعليم ولان اية التعليم ترك ما هو مالوفه عادة وعادة البازي التوحش
والاستنفار وعادة الكلب الانتهاب والاستلاب لالفه بالناس فاذا ترك كل واحد منهما ما هو مالوفه

مسئلة خلط العصير بالماء

دل على تعلمه وانتهاء علمه وحد الفرق لا يبان الا في الكلب خاصة لانه هو المالوف دون غيره من
ذوات الانياب فانها ليست بالوف والفرق الاول يتاتى في الكل لان بدن كل ذي ناب يحتمل الضرب
فامكن تعليمه بالضرب الى ان يترك الاكل وانما شرط ترك الاكل ثلاث مرات وهو قولهما ورواية عن
ابي حنيفة لان علمه يعرف بتكرار التجارب والامتحان وهذه ضربت لذلك كما في قصة موسى مع معلمه
عليهما السلام وكمدة الخيار لاختبار حال المبيع وكذا قال عليه السلم اذا استاذن احدكم ثلاثا فلم يؤذن له
فليرجع وقال عمر رضي الله عنه اذا لم يربح احدكم في التجارة ثلاث مرات فليتحول الى غيرها وهذا لان الكثير
هو الذي يقع دلالة على التعلم دون القليل والجمع كثير ولهذا قال عليه السلم الثلاث كثير فقدرنا به
وعند ابي حنيفة رحمه الله لا يثبت التعلم ما لم يغلب على ظنه انه قد تعلم ولا يقدر بشيء لان المقادير تعرف
بالنص لا بالاجتهاد ولا نص هنا فيفوض الى راي المبتلى به كما هو دابه في مثله كحبس الغريم والنجاسة
المخففة المانعة من الصلاة والاعمال المفسدة للصلاة ونحوه ذكره قوله في الاصل وترك الاكل قد يكون
للخوف من الضرب فلا يقع دلالة على التعلم ولان مدة التعلم تختلف بالحذاقة والبلادة فلا يمكن معرفتها
ثم اذا ترك ثلاثا لا يحل الاولى والثانية على قول من قال بالثلاث وهذا ظاهر وكذا الثالثة عندهما لانه لا
يصير معلما الا بعد تمام الثلاث وقبله غير معلم فكان الثالث صيد كلب جاهل فصار كبيع العبد المحجور
عليه مال المولى بعلم المولى وهو ساكت فانه يصير ماذونا له في التجارة ولا يلزم ذلك البيع حتى كان
للمولى ان ينقضه ان شاء وعند ابي حنيفة رحمه الله على الرواية الاولى يحل لان تركه عند الثالث اية تعلمه فصار
هذا صيد كلب عالم لانا انما حكمنا بكونه عالما بطريق ان امساكه على صاحبه قد تعين وتحقق وكيف يحرم ما قد
اخذه له بعد ارساله بخلاف ما استشهدا به لان بيع العبد مال المولى لا يجوز وان كان ماذونا له في التجارة
حتى لو اشترى والمولى يراه ساكتا صار ماذونا له وجاز شراؤه ولزمه ولم يذكر البازي بكم اجابة
يصير معلما فينبغي ان يكون على الاختلاف الذي ذكر في الكلب ولو قيل يصير معلما باجابة واحدة كان له وجه
لان الخوف ينفره بخلاف الكلب قال رحمه الله ومن التسمية عند الارسال ومن الجرح في اي موضع كان من
اعضائه اما التسمية فلما تلونا ورويناه من حديث ثعلبة والمراد به مع التذكر واما اذا نسي التسمية عند
الارسال فلا باس باكله وقد بيناه في الذبائح واما الجرح فالمذكور هنا ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة وابي يوسف
انه لا يشترط رواه الحسن عنهما وهو قول الشعبي لقوله تعالى فكلوا مما امسكن عليكم مطلقا من غير قيد بالجرح
فمن شرطه فقد زاد على النص وهو نسخ على ما عرف في موضعه وكذا ما روينا من حديث عدي وثعلبة
يدل على ذلك لانه مطلق فيجري على اطلاقه ولا الزم نسخه بالراي وهو لا يجوز وجه الظاهر قوله تعالى
وما علمتم من الجوارح على ما بيناه ولان المقصود اخراج الدم المسفوح وهو يخرج بالجرح عادة ولا يتخلف
عنه الا نادرا فاقيم الجرح مقامه كما في الذكاة الاختيارية والرمي بالسهم ولانه اذا لم يجرحه صار موقوذة
وهي محرمة بالنص وما تلي مطلق وكذا ما روي فحملناه على المقيد في الحادث الواقعة وانما لا يحمل
على المقيد فيما اذا اختلفت الحوادث او كان التقييد والاطلاق من جهة السبب واما اذا كان من جهة
الحادثة واحدة فيحمل عليها قال رحمه الله فان اكل منه البازي اكل وان اكل منه الكلب او الفهد
... الشافعي في القديم يؤكل وان اكل منه الكلب كالبازي لما روي عن عبد الله بن عمرو ... ثعلبة
قال يا رسول الله ... كلاب مكلبة فافتني في صيدها فقال عليه السلم ان كانت لك كلاب ... فكل مما
امسكت عليك الحديث الى ان قال هو النبي صلى الله عليه وسلم وان اكل منه فقال عليه السلم وان اكل منه
ولان فعل الكلب انما صار ذكاة لعلمه ... بالاكل لا يعود جاهلا ... البازي ... ما روينا من حديث
عدي رضي الله عنه وقوله تعالى وما اكل السبع الا ما ذكيتم وقوله عليه السلم اذا ارسلت كلابك المعلمة وذكرت

اسم الله فكل مما امسكن عليك الا ان ياكل الكلب فلا تاكل فاني اخاف ان يكون انما امسك على نفسه رواه البخاري
ومسلم واحمد وعن ابراهيم عن ابن عباس رضي الله عنهما انه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا ارسلت كلبك
فاكل من الصيد فلا تاكل فانما امسكه على نفسه واذا ارسلته فقتل ولم ياكل فكل فانما امسك على صاحبه رواه
احمد وما روياه غريب فلا يعارض الصحيح المشهور ولئن صح فالمحرم اولى على ما عرف في موضعه والفرق
بين البازي والكلب قد بيناه ولو صاد الكلب صيودا ولم ياكل منها شيئا ثم اكل من صيد بعد ذلك
لا يؤكل من الذي اكل منه لان اكله علامة جهله ولا ما يصيده بعده حتى يصير معلما على الاختلاف الذي بيناه
في الابتداء واما الصيود التي اخذها من قبل فما اكل منها لا تظهر الحرمة فيه لعدم المحلية وما ليس بمحرز
بان كان في المفازة لعدم تثبت الحرمة فيه بالاتفاق وما هو محرز في البيت يحرم عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما
لا يحرم لان الاكل لا يدل على جهله لان الحرفة قد تنسى وقد يشتد عليه الجوع فياكل مع علمه ولان ما احرزه
قد امضى فيه الحكم بالاجتهاد فلا ينقض باجتهاد مثله لان المقصود قد حصل بالاول بخلاف غير المحرز لان
المقصود لم يحصل فيه من كل وجه لبقاء الصيدية فيه من وجه لعدم الاحراز فيحرم احتياطا ولابي حنيفة
ان اكله اية جهله من الابتداء لان الحرفة لا ينسى اصلها فبالاكل تبين ان تركه الاكل كان بسبب الشبع لا التعلم
وقد تبدل الاجتهاد قبل حصول المقصود لان المقصود يحصل بالاكل فصار كتبدل اجتهاد القاضي قبل القضاء
وكان علمه لا يثبت الا ظاهرا فبقي جهله موهوما والموهوم في باب الصيد يلحق بالمحقق احتياطا ما امكن
والامكان في حق القابع جميعا دون الفايت وقال بعض المشايخ انما تحرم تلك الصيود عند ابي حنيفة رحمه الله
اذا كان العهد قريبا اما اذا تطاول العهد بان اتى عليه شهر او اكثر وصاحبه قد قدد تلك الصيود لا تحرم تلك
الصيود في قولهم جميعا لان في المدة الطويلة يتحقق النسيان فلا يعلم انه لم يكن معلما في الماضي من الزمان
وفي المدة القصيرة لا يتحقق النسيان فيظهر انه لم يكن معلما حين اصطاد تلك الصيود فتحرم تلك الصيود
وقال شمس الائمة السرخسي الصحيح ان الخلاف في الفصلين ولو ان صقرا فر من صاحبه فمكث حينا ثم رجع
الى صاحبه فارسله فصاد لا يؤكل صيده لانه ترك ما صار به عالما فيحكم بجهله كالكلب اذا اكل من
الصيد فيكون حكمه كحكم الكلب فيما ذكرنا ولو شرب الكلب من دم الصيد ولم ياكل من لحمه شيئا اكل لانه
ممسك عليه وهذا من غاية علمه حيث شرب ما لا يصلح لصاحبه وامسك عليه ما يصلح له ولو اخذ
الصائد الصيد من الكلب وقطع له منه قطعة والقاها اليه فاكلها يؤكل ما بقي لانه امسك على صاحبه وخلاه
اليه واكله بعد ذلك مما القي اليه صاحبه لا يضره لانه لم ياكل من الصيد وهو عادة الصيادين فصار
كما اذا القي اليه طعاما اخر وكذا اذا خطف الكلب منه واكله لانه لم ياكل من الصيد اذ لم يبق صيدا في
هذه الحالة والشرط ترك الاكل من الصيد وقد وجد فصار كما اذا افترس شاته بخلاف ما اذا فعل ذلك
قبل ان يحرزه المالك لبقاء جهة الصيدية فيه ولو نهش الصيد فقطع منه بضعة فاكلها ثم ادرك
الصيد فقتله ولم ياكل منه لا يؤكل لانه صيد كلب جاهل حيث اكل من الصيد ولو القى ما نهشه واتبع
الصيد فقتله ولم ياكل منه حتى اخذه صاحبه ثم ذهب الى تلك البضعة فاكلها يؤكل الصيد لانه لو اكل
من نفس الصيد في هذه الحالة لا يضره فاذا اكل ما بان منه وهو لا يحل لصاحبه اولى بخلاف الوجه الاول
لانه ... الاصطياد فتبين انه جاهل فيمسك على نفسه ولان نهش البضعة قد يكون ليأكلها
وقد يكون ... الاصطياد ليضعفه بالقطع منه فيتمكن منه فان اكلها قبل الاخذ يدل على الوجه الاول
وبعده على الوجه الثاني قال رحمه الله وان ادركه حيا ذكاه لقوله عليه السلم لعدي اذا ارسلت كلبك
فاذكر اسم الله عليه فان امسك عليك فادركته حيا فاذبحه الحديث رواه البخاري ومسلم واحمد ولانه
قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل اذ المقصود هو الحل ولا يثبت قبل موته فبطل حكم البدل

قوله البازي والسهم كالكلب

والبازي والسهم كالكلب لان المعنى يشمل الكل قال وان لم يدركه حتى مات او خنقه الكلب ولم يجرحه
او شاركه كلب غير معلم او كلب مجوسي او كلب لم يذكر اسم الله عليه عمدا حرم اما اذا لم يدركه فلانه لما
ادركه حيا صار ذكاته ذكاة الاختيار لما روينا وبينا من المعنى فبتركه يصير ميتة وهذا اذا تمكن من ذبحه
اما اذا وقع في يده ولم يتمكن من ذبحه وفيه من الحياة قدر ما يكون في المذبوح بان شق بطنه ونحو ذلك
ولم يبق الا اضطرابا باضطراب المذبوح فحلال لان هذا القدر من الحياة لا يعتبر فكان ميتا حكما الا ترى
انه لو وقع في الماء وهو بهذه الحالة لا يحرم كما اذا وقع بعد موته لا يضاف اليه والميت ليس بمحل
الذكاة وذكر الشهيد ان هذا بالاجماع وقيل هذا قولهما وعند ابي حنيفة رح لا يحل الا اذا ذكاه بناء على
ان الحياة الخفية معتبرة عنده وعندهما غير معتبرة حتى حلت المتردية والنطيحة والموقوذة ونحوها
بالذكاة اذا كان فيها حياة وان كانت خفية عنده وعندهما لا تحل الا اذا كانت حياتها بينة وذلك بان يبقى
فوق ما يبقى في المذبوح عند محمد وعند ابي يوسف ان يكون بحال يعيش مثلها ليكون موتها مضافا الى الذكاة
والسهم مثله وان كان فيه من الحياة فوق ما يكون في المذبوح وكذلك في رواية عن ابي حنيفة وابي يوسف
وهو قول الشافعي رح لانه لم يقدر على الاصل فصار كالمتيمم اذا راى الماء ولم يقدر على استعماله ولا يوكل
في ظاهر الرواية لانه قادر حكما لثبوت يده عليه وهو قائم مقام التمكن من الذبح اذ لا يمكن اعتبار الذبح نفسه
حقيقة لان الناس يختلفون فيه على حسب تفاوتهم في الكياسة والهداية في امر الذبح ولا يمكن ضبطه
فادير الحكم على ثبوت اليد لانه هو المشاهد المعاين فلا يحل الاكل الا بالذكاة سواء كانت حياته خفية
او بينة بجرح المعلم او غيره من السباع وعليه الفتوى لقوله تعالى وما اكل السبع الا ما ذكيتم استثناه مطلقا
من غير فصل فيتناول كل حي مطلقا وكذا قوله عليه السلام لعدي فان امسك عليك فادركته حيا فاذبحه مطلق
فيتناول كل حي مطلقا والحديث صحيح رواه البخاري ومسلم واحمد وفصل الشافعي تفصيلا اخر غير ما ذكرنا
فقال ان لم يتمكن من الذبح لفقد الالة لم يوكل لان التقصير من جهته وان كان لضيق الوقت اكل لعدم التقصير
والحجة عليه ما تلونا وما روينا واما اذا خنقه الكلب ولم يجرحه فلما بينا عند قوله لا بد من التعليم والتسمية
والجرح وذكرنا اختلاف الرواية فيه والكسر كالخنق حتى لا يعتد به لانه لا يفضي الى خروج الدم واما اذا
شاركه كلب غير معلم او كلب مجوسي او كلب لم يذكر اسم الله عليه عمدا فلما روي عن عدي بن حاتم رضي الله عنه
انه قال قلت يا رسول الله اني ارسل كلبي واسمي فقال اذا ارسلت كلبك وسميت فاخذ فقتل فكل
فان اكل منه فلا تاكل فانما امسك على نفسه قلت اني ارسل كلبي واجد معه كلبا اخر غيره لا ادري ايهما اخذه
فقال لا تاكل فانما سميت على كلبك ولم تسم على غيره وفي رواية ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اذا ارسلت
كلبك فاذكر اسم الله عليه فان وجدت مع كلبك كلبا غيره وقد قتل فلا تاكل فانك لا تدري ايهما قتله
رواهما البخاري ومسلم واحمد وهذا صحيح فيكون حجة على مالك والشافعي في قوله القديم انه لا يحرم باكل
الكلب الصيد وعلى الشافعي في متروك التسمية عمدا ايضا ولانه اجتمع فيه المبيح والمحرم فيغلب
جهة الحرمة لقوله عليه السلام ما اجتمع الحلال والحرام الا وقد غلب الحرام الحلال ولان الحرام واجب الترك و
الحلال جائز الترك فكان الاحتياط في الترك ولو رده عليه الكلب الثاني ولم يجرحه معه
وجرحه الاول [illegible] لوجود المعاونة في الاخذ وفقدها في الجرح ثم قيل الكراهة كراهة
[illegible] لانه لما تفرد بالجرح [illegible] الاخذ غلب جانب الحل فصار حلالا واوجبت اعانة غير المعلم [illegible] الحرمة
وقيل كراهة تحريم وهو اختيار الحلواني لوجود المشاركة من وجه بخلاف ما اذا رده عليه المجوسي بنفسه
حيث لا يحرم ولا يكره لان فعل المجوسي ليس من جنس فعل الكلب فلا تتحقق المشاركة اصلا وفعل الكلب
من جنس فعل الكلب فتحققت المشاركة من وجه ولو لم يرد الكلب الثاني عليه لكن اشتد على الاول فاشتد

الكلب الصيود اذا ادركه صاحبه وفيه حياة لا يحل الا بالذكاة وعليه الفتوى

اذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام على غيره

الاول

الاول على الصيد بسببه فاخذه فقتله فلا باس باكله لان فعل الثاني اثر في الكلب الاول حتى ازداد طلبا
ولم يؤثر في الصيد فكان تبعا لفعله لانه بناء عليه فلا يضاف الحكم الى التبع بخلاف ما اذا رده عليه
لانه لم يصر تبعا فيضاف اليهما ولو رده عليه سبع او ذو مخلب من الطيور مما يجوز ان يعلم فيصاد به فهو كما
لو رده عليه الكلب فيما ذكرنا لوجود المجانسة في الفعل بخلاف ما اذا رده عليه ما لا يجوز الاصطياد به كالجمل
والبقر والبازي في ذلك كالكلب في جميع ما ذكرنا من الاحكام قال وان ارسل مسلم كلبه فزجره مجوسي فانزجر
حل ولو ارسله مجوسي فزجره مسلم فانزجر حرم والمراد بالزجر التهييج اي هيجه فهاج بان صاح عليه فازداد في
العدو وانما يحل في الاول ويحرم في الثاني لان الزجر دون الارسال لكونه بناء عليه فلا ينتسخ به الارسال
لان الشيء لا يرتفع الا بمثله او بما فوقه ولا يرتفع بما دونه كنسخ الاي فلا يرتفع ارسال المسلم بزجر المجوسي
في الوجه الاول ولا ارسال المجوسي بزجر المسلم في الوجه الثاني فبقي كل واحد منهما على ما كان عليه فلا يتغير بالزجر
وكل من لا تجوز ذكاته كالمحرم والمرتد والوثني وتارك التسمية عمدا في هذا بمنزلة المجوسي غير ان المحرم يجب
عليه الجزاء بالزجر لما فيه من التعرض للصيد الا ترى انه يجب عليه الجزاء بالدلالة وهو دونه فبالزجر اولى
وهو فوقها فلا يلزم من اعتبار الدلالة في حق لزوم الجزاء اعتباره في حق انتساخ الفعل قال وان لم يرسله
احد فزجره مسلم فانزجر حل وهذا استحسان والقياس ان لا يحل لان الارسال جعل ذكاة عند الاضطرار الضرورة
فاذا لم يوجد الارسال انعدم الذكاة حقيقة وحكما فلا يحل والزجر بناء عليه فلا يعتبر على ما بينا وجه الاستحسان
ان الزجر عند عدم الارسال يجعل ارسالا لان انزجاره عقيب زجره دليل طاعته فيجب اعتباره فيحل اذ ليس
في اعتباره ابطال السبب بخلاف الفصل الاول ولا يقال الزجر دون الانفلات لكونه بناء عليه فلا يرتفع
الانفلات فصار مثل الفصل الاول والجامع ان الزجر فيهما بناء على الاول لانا نقول الزجر ان كان دون
الانفلات من هذا الوجه فهو فوقه من وجه اخر من حيث انه فعل المكلف فاستويا فنسخ الانفلات لان اخر
المثلين يصلح ناسخا للاول كما في نسخ الاحكام بخلاف الفصل الاول لان الزجر لا يساوي الارسال بوجه من الوجوه
لان كل واحد منهما فعل المكلف والزجر بناء على الارسال فكان دونه من كل وجه فلا يرتفع به والبازي كالكلب
فيما ذكرنا ولو ارسل كلبه المعلم على صيد معين فاخذ غيره وهو على سننه حل وقال مالك لا يحل لانه اخذه
بغير ارسال اذ الارسال مختص بالمشار اليه والتسمية وقعت عليه فلا يتحول الى غيره فصار كما اذا اضجع
شاة وسمى عليها وخلاها فذبح غيرها بتلك التسمية وقال ابن ابي ليلى يتعين الصيد بالتعيين مثل
قول مالك حتى لا يحل غيره بذلك الارسال ولو ارسل من غير تعيين حل ما اصابه خلافا لمالك وهذا بناء على
ان التعيين شرط عند مالك وعنده ليس بشرط ولكن اذا عين يتعين وعندنا التعيين ليس بشرط ولا
يتعين بالتعيين لان الشرط ما يقدر عليه المكلف ولا يكلف ما لا يقدر عليه والذي في وسعه ايجاد الارسال
دون التعيين لانه لا يمكنه ان يعلم البازي او الكلب على وجه لا ياخذ الا ما عينه له ولان التعيين
[illegible] في حقه ولا في حق الكلب فان الصيود كلها فيها يرجع الى مقصوده سواء وكذا في حق الكلب لان
[illegible] الى اخذ كل صيد يتمكن من صيده بخلاف ما استشهد به مالك لان التعيين في الشاة ممكن وكذا
[illegible] بعين فتتعلق التسمية هناك بالضجيع للذبح وفيما نحن فيه بالالة ولو ارسله على صيود
[illegible] حالة الارسال فقتل الكل حل الجميع لان الذبح يقع بالارسال [illegible]
[illegible] واحد فيكتفي بتسمية واحدة فصار كما اذا اضجع شاتين احدهما فوق الاخرى
وذبحهما دفعة واحدة بتسمية واحدة بخلاف ما اذا كان على التعاقب لان الفعل يتعدد فلا بد من تعدد
التسمية ومن ارسل فهدا كمن حتى يتمكن من الصيد ثم اخذ الصيد فقتله يوكل لان ذلك عادة له
يحتال للاخذ لا استراحة فلا ينقطع به فور الارسال وكيف ينقطع وقصد صاحبه تحقق بذلك

عامدا

الخصال المحمودة في الفهد التي ينبغي لكل عاقل الاقتداء بها

وعدّ ذلك منه من الخصال الحميدة قال الحلواني الفهد خصال عديدة ينبغي لكل عاقل ان ياخذ ذلك
منه منها انه يكمن للصيد حتى يتمكن منه فيحصل مقصوده وهكذا ينبغي للعاقل ان لا يجاهر عدوه
بالخلاف ولكن يطلب الفرصة حتى يتمكن منه فيحصل مقصوده من غير اتعاب نفسه ومنها انه لا يعدو خلف
صاحبه حتى يركبه خلفه وهو يقول هو المحتاج الي فلا اذل وهكذا ينبغي للعاقل ان لا يذل نفسه فيما يفعل
لغيره ومنها انه لا يتعلم بالضرب ولكن يضرب الكلب بين يديه اذا اكل من الصيد فيتعلم بذلك وهكذا
ينبغي للعاقل ان يتعظ بغيره كما قيل السعيد من اتعظ بغيره ومنها انه لا يتناول الخبيث من اللحم
وانما يطلب من صاحبه اللحم الطيب وهكذا ينبغي للعاقل ان لا يتناول الا الطيب ومنها انه يثب
ثلاثا او خمسا فان لم يتمكن من اخذه تركه ويقول لا اقتل نفسي فيما اعمل لغيري وهكذا ينبغي لكل عاقل
وكذا الكلب اذا اعتاد الاختفاء لا ينقطع فور الارسال لما بينا في الفهد ولو ارسل كلبه فاخذ صيدا فقتله
ثم اخذ اخر فقتله اكلا جميعا لان الارسال قايم لم ينقطع وهو بمنزلة ما لو رمى سهما الى صيد فاصابه
وغيره ولو جثم على الاول طويلا ثم مر به صيد اخر فقتله لا يوكل الثاني لانقطاع الارسال بمكثه طويلا
اذا لم يكن ذلك حيلة منه للاخذ وانما هو استراحة بخلاف ما تقدم ولو ارسل بازيه المعلم على صيد فوقع
على شيء ثم اتبع الصيد فاخذه وقتله يوكل اذا لم يمكث زمانا طويلا للاستراحة وانما مكث ساعة
للكمين ولو ان بازيا معلما اخذ صيدا فقتله ولا يدري ارسله انسان او لا لا يوكل لوقوع الشك في الارسال
ولا تثبت الاباحة بدونه ولئن كان مرسلا فهو مال الغير فلا يجوز تناوله الا باذن صاحبه ولو ارسل كلبه
على صيد فاخذ الكلب الصيد فجرحه ثم جرحه اخرى فقتله اكل وكذا لو ارسل كلبين فجرحه احدهما ثم قتله
الاخر اكل لان الامتناع عن الجرح بعد الجرح لا يدخل تحت التعليم فجعل عفوا ما لم يكن ارسال احدهما بعدما
اثخنه الاول ولو ارسل رجلان كل واحد منهما كلبا فجرحه احدهما وقتله الاخر اكل اذا كان ارسال الثاني
قبل ان يثخنه الاول لما بينا والملك لصاحب الاول ان كان اثخنه قبل ان يجرحه الثاني لانه اخرجه عن حد
الصيدية فملكه به ولا يحرم بجرح الثاني بعدما اثخنه الاول لان الارسال الثاني حصل الى الصيد لكونه
قبل ان يثخنه الاول لان المعتبر في الحل والحرمة حالة الارسال لقدرته على الامتناع ولا يعتبر بعده لعدم
قدرته عليه قال رحمه الله وان رمى وسمى وجرح اكل اي رمى الى الصيد واصابه يوكل اذا جرح لقوله عليه
السلام لعدي بن حاتم اذا رميت سهمك فاذكر اسم الله عليه فان وجدته قد قتل فكل الا ان تجده قد وقع
في ماء فانك لا تدري الماء قتله او سهمك رواه البخاري ومسلم وشرط الجرح لما روي عن ابراهيم عن
عدي بن حاتم رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا رميت فسميت فخزقت فكل فان لم تخزق
فلا تاكل ولا تاكل من المعراض الا ما ذكيت ولا تاكل من البندقة الا ما ذكيت رواه احمد ولا فرق في ذلك بين ان
يصيب المرمي بنفسه او غيره من الصيد كما في ارسال الكلب على ما بينا وفي اطلاق قوله في المختصر فان رمى
وسمى وجرح اشارة اليه حيث لم يعين المرمي ولا المصاب حتى يدخل تحته ما اذا سمع حسا فظنه صيدا
فرماه فاصاب صيدا ثم تبين انه حس صيد يحل اكله سواء كان الصيد المسموع حسه ماكولا او غيره
اذا كان المصاب ماكولا لانه وقع اصطيادا مع قصده ذلك وعن ابي يوسف انه خص من ذلك الخنزير
[illegible] الا ترى انه لا تثبت الاباحة في شيء منه بخلاف السباع لانه تؤثر في جلده وفي [illegible]
لانه لا اصطياد لا يثبت الاباحة فيه ووجه الظاهر ان اسم الاصطياد لا يختص [illegible]
تحت قوله واذا حلتم فاصطادوا فكان اصطياده مباحا والاباحة التناول ترجع الى محل تثبت بقدر
ما يقبلها المحل او جلده لانه تثبت بالكلية اذا لم يقبلها المحل واذا وقع اصطيادا صار كانه رمى الى صيد
فاصاب غيره وان تبين انه حس جراد او سمك ذكر في النهاية معزيا الى المغني ان المصاب لا يوكل لان الذكاة

لا تقع عليهما فلا يكون الفعل ذكاة واورده على قول صاحب الهداية ثم تبين انه حس صيد حل
المصاب فقال كان من حقه ان يقول ثم تبين انه حس صيد يحتاج في حل اكله الى الذبح او الجرح وقال
صاحب الهداية في اخر هذه المسئلة ولو رمى الى سمكة او جرادة فاصاب صيدا يحل في رواية عن ابي يوسف
لانه صيد وفي رواية اخرى عنه لا يحل لانه لا ذكاة فيهما فكان يمكنه ان يخرج ما ذكره صاحب الهداية
على رواية الحل فلا يرد عليه ما اورده ولا يحتاج الى زيادة ذلك القيد الذي ذكره وفي فتاوى قاضي خان
لو رمى الى جرادة او سمكة وترك التسمية فاصاب طايرا او صيدا اخر فقتله حل اكله وعن ابي يوسف
روايتان والصحيح انه يوكل وهذا اوضح من الكل فلا يرد عليه اصلا وان تبين ان المسموع حسه
ادمي او حيوان اهلي او ظبي مستانس او موثق لا يحل المصاب لان الفعل لم يقع اصطيادا فلا يقوم
مقام الذكاة ولو رمى الى طاير فاصاب غيره من الصيود وفر الطاير ولا يدري اهو وحشي ام لا حل المصاب
لان الظاهر فيه التوحش بخلاف ما لو رمى الى بعير فاصاب صيدا ولا يدري اهو ناد ام لا حيث لا يحل
المصاب لان الاصل فيه الاستيناس فيحكم على كل واحد منهما بظاهر حاله ولو اصاب المسموع حسه وقد ظنه
ادميا فتبين انه صيد حل لانه لا معتبر بظنه مع تعينه صيدا ذكره في الهداية وقال في المنتقى اذا سمع
حسا بالليل فظن انه انسان او دابة او حية فرماه فاذا ذلك الذي سمع حسه صيد فاصاب سهمه ذلك
الصيد الذي سمع حسه او اصاب صيدا اخر وقتله لا يوكل لانه رماه وهو لا يريد الصيد ثم قال ولا يحل
الصيد الا بوجهين ان يرميه وهو يريد الصيد وان يكون الذي اراده وسمع حسه ورمى اليه صيدا سواء
كان مما يوكل او لا وهذا يناقض ما ذكره في الهداية وهذا اوجه لان الرمي الى الادمي ونحوه ليس باصطياد
فلا يمكن اعتباره ولو اصاب صيدا او ما ذكره صاحب الهداية يناقض ما ذكره هو بنفسه ايضا من قوله وان
تبين انه حس ادمي لا يحل المصاب وعلى اقتضاء ما ذكره هنا ان يحل لان المصاب صيد كما في هذه المسئلة بل
اولى لان مقصوده ايضا فيها صيد وفرق بينهما في النهاية بفرق غير مخلص فلا حاجة الى ذكره وقال فيما لو رمى
الى ادمي او بقر او نحوه وسمى فاصاب صيدا ماكولا او رواية لهذا في الاصل ولابي يوسف فيه قولان في قول يحل
وفي قول لا يحل فيحمل ما ذكره صاحب الهداية على رواية ابي يوسف فيستقيم ولا حاجة الى الفرق ولو لم يتبين
ان صاحب الحس ما هو لا يحل تناول ما اصابه لاحتمال ان يكون المسموع حسه غير صيد فلا يحل المصاب
بالشك والبازي والفهد في جميع ما ذكرنا كالسهم قال رحمه الله وان ادركه حيا ذكاه وان لم يذكه حرم لما
بينا من المعنى في الكلب لان كل واحد منهما ذكاة اضطرار فيكون الوارد في احدهما واردا في الاخر دلالة
لاستوائهما من كل وجه قال رحمه الله وان وقع سهم بصيد فتحامل وغاب وهو في طلبه حل وان قعد عن
طلبه ثم اصابه ميتا لا لقوله عليه السلام لابي ثعلبة اذا رميت سهمك فغاب ثلاثة ايام وادركته فكله
ما لم ينتن رواه مسلم واحمد وابو داود والنسائي وروي انه عليه السلام كره اكل الصيد اذا غاب عن الرامي
وقال لعل هوام الارض قتلته فيحمل هذا على ما اذا قعد عن طلبه والاول على ما اذا لم يقعد ولانه يحتمل
[illegible] بسبب اخر فيعتبر فيما يمكن التحرز عنه لان الموهوم في الحرمات كالمحقق وسقط اعتباره فيما
لا يمكن التحرز عنه للضرورة لان اعتباره يودي الى سد باب الاصطياد وهذا لان الاصطياد يكون
في الصحاري عادة ولا يمكنه ان يقتله في موضعه من غير انتقال وتوار عن عينه غالبا [illegible]
ما لم يقعد عن طلبه للضرورة لعدم امكان التحرز عنه ولا يعذر فيما اذا قعد عن طلبه لان الاحتراز
عن مثله ممكن [illegible] فيحرم وهو القياس في الكل [illegible] وكذا الضرورة فيما لا يمكن التحرز
عنه ويبقى على الاصل فيما يمكن وبعض المشايخ في فتاواه من شرط حل الصيد ان لا يتوارى عن بصره
وقال لانه اذا غاب عن بصره ربما يكون موت الصيد بسبب اخر فلا يحل لقول ابن عباس رضي الله عنهما

كل ما اصميت ودع ما انميت والاصماء ما رايته والانماء ما توارى عنك وهذا نص على ان الصيد يحرم بالتوارى
وان لم يقعد عن طلبه واليه اشار صاحب الهداية ايضا بقوله والذى رويناه حجة على مالك فى قوله
اما ما توارى عنه اذا لم يبت ليلة يحل فاذا بات ليلة لا يحل وهذا يشير الى انه اذا توارى عنه لا يحل
عندنا وان لم يقعد عن طلبه فيكون مناقضا لقوله فى اول المسئلة واذا وقع السهم بالصيد فتحامل
حتى غاب عنه ولم يزل فى طلبه حتى اصابه ميتا اكل وان قعد عن طلبه ثم اصابه ميتا لم يوكل فبنى الامر
على الطلب وعدمه لا على التوارى وعدمه وعلى هذا اكثر فقهاء اصحابنا رحمهم الله ولو حمل ما ذكره على
ما اذا قعد عن طلبه كان يستقيم ولم يتناقض ولكنه خلاف الظاهر وما رويناه من الحديث يبيح ما غاب عنه
وبات ليالى فيكون حجة على من منع ذلك وان وجد به جراحة سوى جراحة سهمه لا يحل لقوله عليه السلام
لعدى اذا رميت سهمك فاذكر اسم الله عليه فان غاب عنك يوما فلم تجد فيه الا اثر سهمك فكل ان شئت
وان وجدته غريقا فى الماء فلا تاكل رواه مسلم والنسائى وفى رواية انه عليه السلام قال له اذا وجدت سهمك
ولم تجد فيه اثر غيره وعلمت ان سهمك قتله فكله رواه احمد والنسائى وفى رواية ان عديا رضى الله عنه قال
قلت يا رسول الله ارمى فى الصيد فاجد فيه سهمى من الغد قال اذا علمت ان سهمك قتله ولم تر فيه اثر
سبع فكل رواه الترمذى وصححه ولانه محتمل تحققت فيه الامارة فيحرم بخلاف ما اذا كان بلا امارة على ما
بينا وحكم ارسال الكلب والبازى فى جميع ما ذكرنا من الاحكام كالرمى قال رحمه الله ولو رمى صيدا فوقع فى الماء
او على سطح او جبل ثم تردى منه الى الارض حرم لقوله تعالى والمتردية ولما روينا ولقوله عليه السلام لعدى
اذا رميت سهمك فاذكر اسم الله عليه فان وجدته قد قتل فكل الا ان تجده قد وقع فى ماء فانك لا تدرى
الماء قتله او سهمك رواه البخارى ومسلم واحمد ولقوله عليه السلام لعدى اذا رميت سهمك فكل وان وقع
فى الماء فلا تاكل رواه البخارى واحمد ولانه احتمل موته بغيره اذ هذه الاشيا مهلكة ويمكن الاحتراز
عنها فيحرم بخلاف ما اذا كان لا يمكن الاحتراز عنه فهذا هو الحرف فى المحتمل فى هذا الباب وهذا فيما اذا كان
فيه حياة مستقرة يحرم بالاتفاق لان موته مضاف الى غير الرمى وان كانت حياته دون ذلك فهو على
هذا الاختلاف الذى مر ذكره فى ارسال الكلب قال رحمه الله وان وقع على الارض ابتداء حل لانه لا يمكنه
التحرز عنه فيسقط اعتباره كيلا ينسد بابه على ما بينا بخلاف ما اذا امكن التحرز عنه لان اعتباره
لا يودى الى سد بابه لان اعتباره لا يودى الى الحرج فامكن ترجيح المحرم عند التعارض على ما هو الاصل
فى الشرع ولو وقع على جبل او سطح او اجرة موضوعة فاستقر ولم يترد حل لان وقوعه على هذه الاشيا
كوقوعه على الارض ابتداء ولانه لا يمكن الاحتراز عنه فسقط اعتباره بخلاف ما اذا وقع على شجر
او حائط او اجرة ثم وقع على الارض او رماه وهو على جبل فتردى منه الى الارض او رماه فوقع
على رمح منصوب او قصبة قائمة او على حرف اجرة حيث يحرم لاحتمال ان احد هذه الاشيا قتله لحدة
او بترديه وهو مما يمكن الاحتراز عنه وقال فى المنتقى لو رمى صيدا فوقع على صخرة فانفلق راسه
او انشق بطنه لم يوكل لاحتمال موته بسبب اخر قال الحاكم ابو الفضل وهذا خلاف اطلاق الجواب
المذكور فى الاصل ولكن يجوز ان يكون اطلاق الجواب المذكور فى الاصل فيما عدا هذا
[illegible] موته بانفلاق الراس او انشقاق البطن ظاهر وبالرمى موهوم متردد فالظاهر اولى بالاعتبار
من الموهوم فيحرم بخلاف ما اذا لم ينشق ولم ينفلق لان موته بالرمى هو الظاهر فلا يحرم فيحمل
اطلاق الجواب فى الاصل عليه وحمل السرخسى ما ذكر فى المنتقى على ما اذا اصابه حد الصخرة فانشق لذلك
وحمل المذكور فى الاصل على انه لم يصبه من الصخرة الا ما يصيبه من الارض لو وقع عليها فلذلك
فكلا التاويلين صحيح ومعناهما واحد لان كل واحد منهما يحمل ما ذكره فى الاصل على ما اذا مات بالرمى وما ذكره

فى المنتقى على ما اذا مات بغيره وفى لفظ المنتقى اشارة اليه الا ترى انه قال لاحتمال الموت بسبب
اخر اى غير الرمى وهذا يرجع الى اختلاف اللفظ دون المعنى فلا يبالى به وان كان الطير المرمى مائيا
فان لم تنغمس الجراحة فى الماء اكل وان انغمست لا يوكل لاحتمال الموت به دون الرمى لان تشرب الجرح الماء
سبب لزيادة الالم فصار كما اذا اصابه السهم قال رحمه الله وما قتله المعراض بعرضه او البندقة حرم
لما روينا من حديث ابراهيم ولما روى ان عدى بن حاتم قال للنبى صلى الله عليه وسلم انى ارمى الصيد بالمعراض
فاصيب فقال اذا رميت بالمعراض فخزق فكله وان اصابه بعرضه فلا تاكله رواه البخارى ومسلم واحمد
ولما روى انه عليه السلام نهى عن الخذف وقال انها لا تصيد ولكنها تكسر السن وتفقا العين رواه البخارى
ومسلم واحمد ولان الجرح لا بد منه لما بينا من قبل والبندقة لا تجرح وكذا عرض المعراض وان رماه
بالسكين او السيف فان اصابه بحده اكل والا فلا وان رماه بحجر فان كان ثقيلا لا يوكل وان جرح لاحتمال
انه قتله بثقله وان كان الحجر خفيفا وبه حدة وجرح يحل لتعين الموت بالجرح ولو جعل الحجر طويلا
كالسهم وهو خفيف وبه حد فرمى به صيدا فان جرح حل لقتله بجرحه ولو رماه بمروة حديدة فلم
تبضع بضعا لا يحل لانه قتله دقا وكذا اذا رماه بها فابان راسه او قطع اوداجه لان العروق قد
تنقطع بالثقل فوقع الشك ويحتمل انه مات قبل قطع الاوداج ولو رماه بعود مثل العصا ونحوه
لا يحل لانه قتله ثقلا لا جرحا الا اذا كان له حد فبضع بضعا فيكون كالسيف والرمح والاصل فى
جنس هذه المسائل ان الموت اذا حصل بالجرح بيقين حل وان حصل بالثقل او شك فيه فلا يحل حتما او احتياطا
وان جرحه فمات وكان الجرح مدميا حل بالاتفاق وان كان غير مدم اختلفوا فيه قيل لا يحل لانعدام معنى
الذكاة وهو اخراج الدم النجس وشرط النبى صلى الله عليه وسلم اخراج الدم بقوله انهر الدم بما شئت رواه
احمد وابو داود وغيرهما وقيل يحل لاتيانه ما فى وسعه وهو الجرح واخراج الدم ليس فى وسعه فلا يكون
هو مكلفا به لان الدم قد يحتبس لغلظه او لضيق المنفذ بين العروق وكل ذلك ليس فى وسعه وقيل
ان كانت الجراحة كبيرة حل بدون الادماء وان كانت صغيرة لا يحل الا بالادماء لان الكبيرة انما لا يخرج
منها الدم لعدمه والصغيرة لضيق المخرج ظاهرا فيكون التقصير منه وان ذبح الشاة ولم يخرج منها
الدم قيل يحل اكلها وقيل لا يحل والاول قول ابى بكر الاسكاف والثانى قول اسمعيل الصفار ووجه
القولين دخل فيما ذكرنا واذا اصاب السهم ظلف الصيد او قرنه فان ادماه حل والا فلا وهذا يويد
قول من يشترط خروج الدم قال رحمه الله وان رمى صيدا فقطع عضوا منه اكل الصيد لا العضو وقال
الشافعى اكلا ان مات الصيد منه لانه مبان بذكاة الاضطرار فيحل كالمبان بذكاة الاختيار بخلاف ما اذا
بقى حيا لانه ما ابين بالذكاة ولنا قوله عليه السلام ما قطع من بهيمة وهى حية فما قطع منها فهو ميتة
رواه ابن ماجة ذكر الحى مطلقا فينصرف الى الحى حقيقة وحكما والعضو المبان منه بهذه الصفة
لان المبان منه حى حقيقة لقيام الحياة فيه وكذا حكما لانه يتوهم سلامته بعد هذه الجراحة ولهذا
اعتبر الشرع هذا القدر من الحياة حتى لو وقع فى الماء وفيه قدر هذا من الحياة يحرم بخلاف ما اذا ابين بذكاة
الاختيار لان المبان منه ميت حكما الا ترى انه لو وقع فى هذه الحالة فى الماء او تردى من جبل لا يحرم
[illegible] عمل بالابانة حكما فلا يضاف الى غيره وان حصل بذلك حقيقة وقوله ابين بالذكاة
قلنا [illegible] لم يقع ذكاة لقيام الحياة فى الباقى حقيقة وحكما على ما بينا وانما يقع ذكاة عند موته
فى ذلك الوقت لا يظهر فى المبان لعدم الحياة فيه ولا تبعية لزواله بالانفصال فصار الاصل فيه
ان المبان من الحى حقيقة وحكما لا يحل والمبان من الحى صورة لا حكما يحل وذلك بان يبقى فى المبان عنه
حياة بقدر ما يكون فى المذبوح فانه حى صورة لا حكما بدليل ما ذكرنا من الاحكام من انه لا يوثر فيه

وقوعه في البير في هذه الحالة وكذا ايضا لا يضره هذه الحالة وان كان يكره لما فيها من زيادة الايلام لقطع
لحمه ولا كذلك المبان بالاصطياد لانه حي حقيقة وحكما حتى لا يثبت له شي من هذه الاحكام قال رحمه
وان قطعه اثلاثا والاكثر مما يلي العجز اكل كله لان المبان منه حي صورة لا حكما اذ لا يتوهم سلامته وبقاؤه
حيا بعد هذه الجراحة فوقع ذكاة في الحال فحل كله كما اذا ابين راسه في الذكاة الاختيارية وكذا اذا قده
نصفين لما ذكرنا بخلاف ما اذا قطع يدا او رجلا او فخذا او ثلثه مما يلي القوايم او اقل من نصف الراس
حيث يحرم المبان ويحل المبان منه لانه يتوهم بقاء الحياة في الباقي وان ضرب عنق شاة فابان راسها تحل
لقطع الاوداج ويكره لما فيه من زيادة الالم بابلاغه النخاع وان ضربها من قبل القفا ان ماتت قبل قطع
الاوداج لا تحل وان لم تمت حتى قطع الاوداج حلت ولو ضرب صيدا فقطع يده او رجله ولم ينفصل
ثم مات ان كان يتوهم الالتيام والاندمال حل لانه بمنزلة ساير اجزائه وان كان لا يتوهم بان بقي متعلقا
بجلده حل ما سواه دونه لوجود الابانة معنى والعبرة للمعاني قال رحمه وحرم صيد المجوسي والوثني
والمرتد لانهم ليسوا من اهل الذكاة في حالة الاختيار فكذا في حالة الاضطرار وكذا المحرم ليس من اهل
ذكاة الاختيار في حق الصيد فكذا لا يكون من اهل ذكاة الاضطرار فيه ويوكل صيد الكتابي لانه من اهل
الذكاة اختيارا فكذا اضطرارا قال رحمه وان رمى صيدا فلم يثخنه فرماه الثاني فقتله فهو للثاني وحل لانه
هو الاخذ له وقال عليه السلام الصيد لمن اخذه وانما حل لانه لما لم يخرج بالاول من حيز الامتناع كان
ذكاته ذكاة الاضطرار وهو الجرح اي موضع كان وقد وجد قال رحمه وان اثخنه فللاول وحرم لانه
لما اثخنه الاول فقد خرج من حيز الامتناع وصار قادرا على ذكاته الاختيار فيتوجب عليه ذكاته لما روينا
ولم يذكه وصار الثاني قاتلا له فيحرم وهو لو ترك ذكاته مع القدرة عليه يحرم فبالقتل اولى ان يحرم
بخلاف الوجه الاول وهذا اذا كان بحال يسلم من الاول لان موته يضاف الى الثاني اما اذا كان الرمي الاول
بحال لا يسلم منه الصيد بان لا يبقى فيه من الحياة الا بقدر ما يبقى في المذبوح كما اذا ابان راسه يحل لان
موته لا يضاف الى الرمي الثاني فلا اعتبار بوجوده لكونه ميتا حكما ولهذا لو وقع في الماء في هذه الحالة
لا يحرم كوقوعه بعد موته ولو كان الرمي الاول بحال لا يعيش منه الصيد لكن حياته فوق حياة المذبوح
بان كان يبقى يوما او دونه فعند ابي يوسف لا يحرم بالرمية الثانية لان هذا القدر من الحياة لا
يعتبر عنده وعند محمد يحرم لان هذا القدر من الحياة معتبر عنده فصار حكمه كحكم ما اذا كان الاول يسلم
منه فلا يحل قال رحمه وضمن الثاني للاول قيمته غير ما نقصت جراحته اي ضمن جميع قيمة الصيد
غير ما نقصت جراحة الاول لانه اتلف صيدا مملوكا للغير لانه ملكه بالاثخان فيلزمه قيمة ما اتلف
وقيمته وقت اتلافه كان ناقصا بجراحة الاول فيلزمه ذلك لان قيمة المتلف تعتبر وقت الاتلاف
فصار كما لو اتلف عبدا مريضا او شاة مجروحة فانه يلزمه قيمته منقوصا بالمرض او بالجرح وقال
صاحب الهداية وغيره تاويله اذا علم ان القتل حصل بالثاني بان كان الاول بحال يسلم منه والثاني
بحال لا يسلم منه ليكون القتل كله مضافا الى الثاني وقد قتل حيوانا مملوكا للاول منقوصا بالجراحة
فلا يضمنه كما لو كما اذا قتل عبدا مريضا وان علم ان الموت حصل من الجراحتين او لا يدرى قال
في الزيادات يضمن الثاني ما نقصته جراحته ثم يضمن نصف قيمته مجروحا بجراحتين ثم يضمن نصف
قيمة لحمه [illegible] هو ضمان ما نقصته جراحته فلانه جرح حيوانا مملوكا للغير وقد
نقصه فيضمنه [illegible] واما الثاني وهو ضمان نصف قيمته حيا فلان الموت حصل بالجراحتين فيكون هو متلفا
نصفه وهو مملوك لغيره فيضمن نصف قيمته مجروحا بالجراحتين لان الاولى ما كانت بصنعه يعني
الجراحة الاولى ما كانت بصنع الثاني فلا يضمنها والثانية ضمنها مرة فلا يضمنها ثانيا اي الجراحة

ضرب عنق شاة فابان راسها حلت وكره

المحرم في حق الصيد ذبيحته حرام

المعتبر وقت الاتلاف

الثانية ومراده ما نقص بجراحته ضمنها مرة وهو ما ضمنه من النقصان بجراحته اولا واما الثالث
وهو ضمان نصف اللحم فلان بالرمية الاولى صار بحال يحل بذكاة الاختيار لولا رمي الثاني فهذا بالرمي
افسد عليه نصف اللحم فيضمنه ولا يضمن النصف الاخر لانه ضمنه من حيث ضمن نصف قيمته حيا
فدخل ضمان اللحم فيه وهذا يوهم ان بين المسئلتين فرقا اعني بين ما اذا حصل القتل بالثاني وحده
او بهما وليس كذلك بل لا فرق بينهما لانه في الموضعين يضمن الثاني جميع قيمته غير ما نقصته جراحة
الاول الا انه بين في المسئلة الاولى جميع الحاصل وفي الثانية بين طريق الضمان نقل ذلك عن قاضي خان
اي عدم الفرق بين المسئلتين بيانه ان الرامي الاول اذا رمى صيدا يساوي عشرة فنقصه درهمين
ثم رماه الثاني فنقصه درهمين ثم مات فعلى الطريقة الاولى يضمن الثاني ثمانية ويسقط عنه من
قيمته درهمان لان ذلك تلف بجرح الاول وهو المراد بقوله غير ما نقصته جراحته وعلى الطريقة الثانية
يضمن درهمين اولا لان ذلك القدر من النقصان حصل بفعله وهو المراد بقوله في الزيادات
يضمن الثاني ما نقصته جراحته بقي من قيمته ستة فيضمن نصفها وهو ثلاثة دراهم وهو المراد
بقوله ثم يضمن نصف قيمته مجروحا بجراحتين يعني به نصف قيمته حيا ثم اذا مات يضمن النصف
الاخر بعد وهو ثلاثة ايضا لانه فوت عليه اللحم ولا يضمن النصف الاخر بعد الموت وان كان
تفويت اللحم فيه موجودا بالقتل لانه ضمن ذلك النصف حيا فلو ضمنه بعد الموت كان تكرار الضمان
بان يضمن قيمته حيا ثم يضمن قيمة لحمه بعد الموت وهذا لا يجوز وهذا اذا كانت حياته بينة عند
رمي الثاني وكان رمي الثاني بعدما اثخنه الاول اما اذا كانت حياته خفية بقدر المذبوح فلا
يضمن الثاني ويوكل لان موته لا يضاف الى الثاني ولهذا لو وقع في الماء في هذه الحالة لا يحرم وقد
ذكرناه من قبل وعنه وقع الاحتراز بقوله فان علم ان الموت حصل من الجراحتين او لا يدرى ولو رمياه معا
فاصاب به احدهما قبل الاخر فاثخنه ثم اصابه الاخر او رماه احدهما اولا ثم رماه الثاني قبل ان يصيبه
الاول او بعد ما اصاب قبل ان يثخنه فاصابه الاول واثخنه او اثخنه ثم اصابه الثاني فقتله فهو
للاول ويوكل وقال زفر لا يحل اكله لان حال اصابة الثاني غير ممتنع فلا يحل بذكاة الاضطرار فصار
كما اذا رماه الثاني بعدما اثخنه الاول قلنا عند رمي الثاني هو صيد ممتنع فوقع رميه ذكاة
ولهذا يشترط التسمية عند الرمي فكذا الامتناع يعتبر عنده الا ان الملك يثبت للاول لانه اخرجه
عن حيز الامتناع فملكه به قبل ان يتصل سهم الثاني به وحاصله ان المعتبر في حق الحل والضمان
وقت الرمي لان الرمي الى الصيد مباح فلا ينعقد سببا لوجوب الضمان ولا ينقلب موجبا بعد ذلك
وهو ذكاة فيحل المصاب لان الحل يحصل بفعله وفعله هو الرمي والارسال فيعتبر وقته وفي حق الملك
يعتبر وقت الاثخان لانه يثبت الملك وزفر رحمه الله يعتبر وقت الاثخان فيهما ولو رمياه معا واصاباه
معا فمات منهما فهو بينهما لاستوائهما في السبب والبازي والكلب في هذا كالسهم حتى يملكه
بالثاني ولا يعتبر امساكه بدون الاثخان حتى لو ارسل بازيه فامسك الصيد بمخلبه ولم يثخنه
فارسل [illegible] فقتل ذلك الصيد كان الصيد للثاني وحل لان يد البازي الاول ليست بيد
حافظة [illegible] يد المالك اما القتل فهو اتلاف والبازي من اهل الاتلاف [illegible]
[illegible] الصيد فاثخنه ثم رماه ثانيا فقتله حرم لما بيناه ولو [illegible] فاصاب سهما
موضوعا [illegible] فدفعه ومضى السهم الثاني واصاب صيدا فقتله حل لان اندفاع السهم الثاني
بواسطة الاول فاضيف اليه [illegible] ولو رمى سهما الى الصيد ورمى رجل اخر الى ذلك
الصيد او غيره فاصاب السهم الثاني السهم الاول وامضاه حتى اصاب الصيد وقتله [illegible]

المعتبر في حق الحل والضمان وقت الرمي

لينظر ان كان السهم الاول بحال يعلم انه لا يبلغ الى الصيد بدون دفع الثاني فالصيد للثاني لانه هو الاخذ له حتى لو كان الثاني مجوسيا او محرما لا يحل وان كان السهم الاول بحال يبلغ الصيد بدون دفع الثاني فالصيد للاول لانه هو السابق في الاخذ وان كان الثاني مجوسيا او محرما لا يحل استحسانا لانه اوجب زيادة قوة في السهم الاول فاوجب الحرمة احتياطا مجوسي رمى صيدا او ارسل كلبه فاقبل الصيد هاربا من سهمه او كلبه فرماه مسلم او ارسل كلبه عليه فقتله قبل وقوع سهم المجوسي على الارض وقبل رجوع كلبه كره لان فعل المجوسي اعانة لانه لولا ذلك لما قدر المسلم على قتله بهذا الرمي والشركة توجب الحرمة والاعانة توجب الكراهية اما اذا فعل ذلك بعد وقوع سهم المجوسي على الارض او بعد رجوع كلبه فلا يكره لان فعل المجوسي لم يبق حال رمي المسلم وارساله ولو رمى سهما الى صيد فقصرته الريح عن سننه حل لعدم امكان الاحتراز عنه بخلاف ما اذا اصاب السهم حايطا او صخرة فارتد واصاب صيدا حيث لا يحل لان الرمي قد انقطع بالارتداد الى ورا وكذا اذا ردته الريح الى ورا لا يحل لما قلنا بخلاف ما اذا رجع الى ورا بضرب رجل اخر بسهمه حيث يحل اذا كان يومية بقصد الاصطياد لان الاول انقطع فكان مضافا الى الثاني فيحل ولو انخرق بجنة او شجرة باصابة الحايط ولم يرجع الى ورا حل لما ذكرنا في الريح ولان قوة الرمي لم تنقطع فيضاف الى الرامي ولو هبت الريح فضربت السهم فزادت في ذهابه فاصاب الصيد فلا باس باكله لان فعل الريح ليس من جنس فعل الرامي ولم يتحقق بهذه الاعانة شبهة الشركة فبقيت الاصابة مضافة الى الرامي **قال رحمه الله** وحل اصطياد ما يوكل لحمه وما لا يوكل لقوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا مطلقا من غير قيد بالماكول اذ الصيد لا يختص بالماكول قال الشاعر صيد الملوك ارانب وثعالب واذا ركبت فصيدي الابطال ولان اصطياده سبب الانتفاع بجلده او بشعره او ريشه او لاستدفاع شره وكل ذلك مشروع

كتاب الرهن

قال رحمه الله هو حبس شيء بحق يمكن استيفاؤه منه كالدين هذا حده في الشرع وهذا اللفظ يدل على الثبوت والدوام ويطلق الرهن على المرهون تسمية للمفعول باسم المصدر يقال رهنت الرجل شيئا رهنته عنده وارهنته لغة فيه والجمع رهان ورهون ورهن والرهن في اللغة جعل الشيء محبوسا اي شيء كان باي سبب كان قال الله تعالى كل نفس بما كسبت رهينة اي محبوسة بوبال ما كسبت من المعاصي وقال الشاعر وفارقتك برهن لا فكاك له يوم الوداع فامسى الرهن قد غلقا اي رهنت وحبست قلبه فذهبت به يوم التوديع والحبس قلب المحب عندها على وجه لا يمكن فكاكه وقوله كالدين اشارة الى ان الرهن لا يجوز الا بالدين لانه هو الحق الممكن استيفاؤه منه لعدم تعينه واما العين فلا يمكن استيفاؤه من الرهن فلا يجوز الرهن بها الا اذا كانت مضمونة بنفسها كالمغصوب والمهر وبدل الخلع وبدل الصلح عن دم العمد لان الموجب الاصلي فيها المثل او القيمة ورد العين مخلص على ما عليه الجمهور وهو دين ولهذا تصح الكفالة والابراء عن قيمتها ويمنع وجوب الزكاة على من هو في يده في ماله بقدر القيمة ولو كان الواجب هو العين لما ثبت وعند البعض وان كان الموجب الاصلي رد العين ورد القيمة مخلصا لا يجب الضمان لكن يجب عند الهلاك بالقبض السابق ولهذا تعتبر قيمته يوم القبض فيكون [illegible] وجوبه فيصح كما في الكفالة بخلاف الاعيان الغير المضمونة كالامانات والمضمونة بغيرها كالمبيع حيث لا يجوز الرهن بها لعدم وجوبها الا ترى ان الحوالة المقيدة بالاعيان المضمونة بنفسها لا تبطل بهلاكها والمقيدة بغير المضمونة او بالمضمونة بغيرها تبطل بهلاكها ولو كان الوجوب او شبهته لوجود سببه ثابتا لبطلت والرهن مشروع بالكتاب والسنة واجماع الامة اما الكتاب فقوله تعالى

فرهن مقبوضة واما السنة فما روي عن عايشة رضي الله عنها قالت ان النبي صلى الله عليه وسلم اشترى طعاما من يهودي الى اجل ورهنه درعا من حديد رواه مسلم والبخاري وقد انعقد الاجماع عليه ولانه وثيقة في جانب الاستيفاء فيجوز كما تجوز الوثيقة في جانب الوجوب وهي الكفالة والحوالة والجامع في الوثيقة ماسة من الجانبين فان المستدين قل ما يجد من يداينه بلا رهن والمديون يامن بالرهن من التوى بالجحود او باسراف المديون في ماله حتى لم يبق منه شيء او بمحاصصة غيره من الغرماء فكان فيه نفع لهما كما في الحوالة والكفالة فيشرع **قال رحمه الله** ولزم بايجاب وقبول ويتم بقبضه محوزا مفرغا مميزا وهذا سهو فان الرهن لا يلزم بالايجاب والقبول لانه تبرع كالهبة والصدقة ولكنه ينعقد بهما ويتم بالقبض فيلزم به وقال مالك يلزم بنفس العقد كالبيع والاجارة والجامع ان كل واحد منهما يختص بالمال من الجانبين ولانه عقد وثيقة فاشبه الكفالة فيلزم بالقبول والخلاف معه بناء على الخلاف في الصدقة والهبة ولنا قوله تعالى وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبا فرهان مقبوضة والمصدر المقرون بالفاء في جواب الشرط يراد به الامر والامر بالشيء الموصوف يقتضي ان يكون ذلك الوصف شرطا فيه اذ المشروع بصفة لا يوجد بدون تلك الصفة نظيره قوله تعالى ومن قتل مومنا خطأ فتحرير رقبة مومنة اي فليحرر رقبة مومنة ولان الرهن عقد تبرع لما ان الراهن لا يستوجب بمقابلته على المرتهن شيئا ولهذا لا يجبر عليه فلا بد من الامضاء بعدم الرجوع كما في الوصية والصدقة والهبة والامضاء يكون بالقبض وقوله محوزا مفرغا احترز بالاول عن المشاع وبالثاني عن المشغول وبالثالث عن المتصل فاذا قبضه كذلك تم لوجود القبض على الكمال **قال رحمه الله** والتخلية فيه وفي البيع قبض والصواب ان التخلية تسليم لانه عبارة عن رفع الموانع من القبض وهو فعل المسلم والقبض فعل المتسلم وانما يكتفى بالتخلية لانه هو غاية ما يقدر عليه والقبض فعل غيره فلا يكلف به وهذا هو ظاهر الرواية وعن ابي يوسف ان الرهن في المنقول لا يثبت الا بالنقل لانه قبض موجب للضمان ابتداء اذ لم يكن الرهن مضمونا على احد قبل ذلك فلا يثبت الا بالقبض حقيقة كالغصب بخلاف البيع فان القبض فيه ناقل للضمان من البايع الى المشتري فان المبيع قبل التسليم مضمون على البايع بالثمن ثم ينتقل ذلك الى المشتري بالقبض والاول اصح لما ذكرنا والقياس على الغصب باطل لان قبض الرهن مشروع فاشبه المبيع والغصب ليس بمشروع فلا حاجة الى ثبوته بدون قبضه حقيقة وهو النقل **قال رحمه الله** وله ان يرجع عن الرهن ما لم يقبضه اي للراهن ان يرجع عن الرهن ما لم يقبضه المرتهن لما ذكرنا انه تبرع ولا اجبار على المتبرع ما لم يسلم كالهبة والصدقة وفيه خلاف مالك وقد ذكرناه **قال رحمه الله** وهو مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين فلو هلك وقيمته [illegible] دينه صار مستوفيا دينه وان كانت اكثر من دينه فالفضل امانة وبقدر الدين صار مستوفيا وان كانت اقل صار مستوفيا بقدره ورجع المرتهن بالفضل وقال الشافعي الرهن كله امانة في يد المرتهن لا يسقط من الدين بهلاكه لقوله عليه السلام لا يغلق الرهن من صاحبه الذي رهنه له غنمه وعليه غرمه [illegible] قال معناه لا يصير مضمونا بالدين ومعنى قوله له غنمه اي للراهن الزوايد وعليه [illegible] كان الهلاك على الراهن ولان الرهن وثيقة فلا يسقط الدين بهلاكه اعتبارا بهلاك الصك [illegible] الوثيقة في جانب الوجوب وهو الحوالة والكفالة وهذا لان الوثيقة يزداد بها معنى الصيانة [illegible] الدين بهلاك الرهن يضاد الصيانة اذ الحق به يصير بعرضية الهلاك وهذا [illegible] الصيانة [illegible] امانة [illegible] الا ترى انما زاد على قدر الدين امانة في يد المرتهن والقبض في الكل واحد فلا يثبت الضمان في البعض دون البعض ولنا قوله عليه السلام للمرتهن بعد ما نفق فرس الرهن عنده ذهب حقك ولا يجوز ان يراد به ذهاب الحق في الحبس لانه لا يتصور حبسه فلا يحتاج [illegible]

الى البيان لانه عليه السلام بعث لبيان الاحكام لا لبيان الحقايق ولان الحق ذكر معرفا بالاضافة فيعود
الى المذكور اولا وقوله عليه السلام اذا عمي الرهن فهو بما فيه معناه على ما قالوا اذا اشتبهت قيمة الرهن
بعد ما هلك بان قال كل واحد منهما لا ادري كم كانت قيمته فيكون مضمونا بما فيه من الدين واجماع
الصحابة والتابعين رضي الله عنهم على ان الرهن مضمون مع اختلافهم في كيفية الضمان فمذهب عمر
رضي الله عنه انه مضمون بالاقل من الدين ومن قيمة الرهن وبه اخذ اصحابنا رحمهم الله وعن علي رضي الله عنه
انه قال يترادان الفضل وقال الحسن هو محمول على حالة بقاء الرهن اذا استوفى المرتهن يرد عليه
الفضل وقد روي عن محمد بن الحنفية عن علي رضي الله عنه مثل مذهبنا وعند شريح الرهن مضمون بما فيه
قلت قيمته او كثرت حتى لا يرجع واحد منهما على الاخر بعد هلاكه بشيء مطلقا وهذا اختلاف السلف
على ثلاثة اقوال واحداث قول رابع خروج عن الاجماع فلا يجوز ولان الثابت للمرتهن يد الاستيفاء
وهو ملك اليد والحبس لان لفظه ينبئ عن الحبس على ما بينا والاحكام الشرعية تثبت على وفق معانيها
اللغوية ولان الرهن وثيقة لجانب الاستيفاء وهو ان يكون موصلا له اليه ويثبت ذلك بملك اليد
والحبس ليقع الامن من الجحود مخافة جحود المرتهن الرهن وليكون عاجزا عن الانتفاع به فيسارع
الى قضاء الدين لضجره فاذا ثبت هذا المعنى ثبت الاستيفاء من وجه وقد تقرر بالهلاك فلو استوفى
الدين بعده يؤدي الى الربوا لانه يكون استيفاء ثانيا ولا يلزم ذلك حال قيام الرهن لان الاستيفاء
الاول ينتقض بالرد على الراهن فلا يتكرر ولا يقال انما صار مستوفيا بملك اليد لا بملك الرقبة وقد
بقي حقه في ملك الرقبة فكان له ان يستوفيه لياخذ حقه كملا او صار مستوفيا بالمالية دون العين
فيكون له الاستيفاء ثانيا باخذ حقه في العين كملا لانا نقول لا وجه الى استيفاء الباقي وهو ملك
الرقبة بدون ملك اليد او ملك العين بدون ملك المالية اذ لا يتصور ذلك فسقط للضرورة كما اذا
استوفى زيوفا مكان الجياد فان حقه في الجودة يبطل لعدم تصور استيفاء الجودة وحدها بدون العين
فاذا لم يملك العين بقي ملك الراهن فيه امانة في يده فيكون نفقته حيا وكفنه ميتا عليه لانهما مؤنة
الملك ولو اشتراه المرتهن لا ينوب قبض الرهن عن قبض الشراء لان عينه امانة فلا ينوب قبضه عن قبض المضمون
وقوله عليه السلام لصاحبه غنمه وعليه غرمه قلنا يحتمل ان يكون الصاحب هو المرتهن كما يقال المضارب
صاحب المال وعن ابي يوسف في تفسير الحديث ان الفضل في قيمة الرهن لرب الرهن ولا يكون مضمونا ولا يغلق
وان كان فيه نقصان رجع المرتهن بالفضل وعن ابي عبيدة انهما بمعنى واحد يقول رجع الرهن الى ربه
فيكون غنمه له ويرجع رب الحق عليه فيكون غرمه عليه فاذا كان الحديث محتملا لا يلزم حجة ومعنى
قوله عليه السلام لا يغلق الرهن على ما قالوا الاحتباس الكلي بان يصير مملوكا له كذا ذكره الكرخي عن السلف
وعن النخعي في رجل دفع الى رجل رهنا واخذ منه درهما وقال ان جئتك بحقك الى كذا وكذا والا فالرهن
لك فقال ابراهيم لا يغلق الرهن فجعله جوابا للمسئلة وموجب الرهن ثبوت يد الاستيفاء وهذا تحقق
الصيانة وان كان فراغ الذمة من ضروراته بخلاف الصك والشهود لانه لا استيفاء [illegible]
دينه بالهلاك فحاصله ان حكم الرهن عندنا صيرورة الرهن محتبسا بدينه باثبات [illegible]
عليه وعنده تعلق الدين بالعين استيفاء منه عينا بالبيع وجعله اولى به ويتفرع [illegible]
فيخرج على الاصلين عدة مسائل كلها مختلف فيها منها ان الراهن ممنوع من الاسترداد للانتفاع به
عندنا لانه يفوت موجبه وهو الاحتباس وعنده لا يمنع منه لانه لا ينافي موجبه ومنها تعيينه للبيع
ومنها ان حكم الرهن يسري الى الولد عندنا [illegible] الاصل وعنده لا يسري الى الولد الحادث بعقد
الاستيفاء في حقيقة الاستيفاء يكون المستوفي [illegible] الاستيفاء الحكمي وعنده لما كان حكم الرهن

اختلفوا في قيمة الرهن بما ذا يضمن

الاحكام الشرعية تثبت وفق معانيها اللغوية

المرتهن

الراهن

لا ينوب قبض الرهن عن قبض الشراء

تعيينه للبيع فتعيين عين للبيع لا يوجب تعيين عين اخرى له ومنها ان رهن المشاع لا يجوز عندنا
لان حكم الرهن وهو الحبس الدائم لا يتصور فيه وعنده يجوز لامكان بيعه ثم كيفية الضمان ما ذكره في
المختصر وهو ان يكون مضمونا بالاقل من قيمته ومن الدين الى اخر ما ذكر على ما بينا وقال زفر رحمه الله تعالى
الرهن كله مضمون بالقيمة حتى اذا كان قيمة الرهن اكثر من الدين يجب على المرتهن ضمان الفضل لقول علي
يترادان الفضل في الرهن والتراد يكون من الجانبين فيرجع كل واحد منهما على صاحبه بالفضل عند الهلاك
ولان الزيادة على الدين مرهونة لكونها محبوسة به فتكون مضمونة كما في قدر الدين ومذهبنا
مروي عن عمر وعبد الله بن مسعود ولان يد المرتهن يد استيفاء فلا يوجب الضمان الا بقدر المستوفى
كما في حقيقة الاستيفاء بان اوفاه دراهم في كيس اكثر من حقه يكون مضمونا عليه بقدر الدين والفضل
امانة والزيادة مرهونة ضرورة امتناع حبس الاصل بدونها ولا ضرورة في حق الضمان والمراد
بالتراد في المروي عن علي حالة البيع فانه روي عنه انه قال ان المرتهن امين في الفضل وروى ابن الحنفية
عنه مثل مذهبنا فلم يبق له فيه حجة وكيفية الضمان فيما اذا كان مرهونا بالاعيان المضمونة وقد هلك
الرهن ان يقال لمن في يده العين سلم العين الى المرتهن وخذ منه الاقل من قيمة الرهن ومن قيمة العين
لان الرهن مضمون بالاقل منهما اذ العين المرهون بها بمنزلة الدين المرهون به فاذا وصل الى المرتهن
العين وجب عليه ان يرد قدر المضمون لان الزائد عليه امانة وان هلكت العين المرهون بها قبل [illegible]
الرهن فالرهن رهن على حاله بقيمة تلك العين وان هلك الرهن بعد ذلك كان مضمونا بالاقل من قيمته
ومن قيمة العين حتى يرجع المرتهن على الراهن بالزائد ان كانت قيمة العين اكثر ولا يرجع الراهن على المرتهن
ان كانت قيمة الرهن اكثر لان الفضل من الرهن امانة كما اذا كان مرهونا بالدين وفيه فضل وقال القدوري
في مختصره ولا يصح الرهن الا بدين مضمون وهذا يشير الى ان الرهن بالاعيان المضمونة لا يصح ويمكن
ان يقال الموجب الاصلي فيها القيمة وهي دين على ما بينا وصفة الدين بكونه مضمونا وصف ضايع
لا فائدة فيه لان الدين لا يكون الا مضمونا وذكر قاضي خان في فتاويه وصاحب المبسوط اذا اخذ
المولى ببدل الكتابة من مكاتبه رهنا جاز وان كان لا يجوز اخذ الكفيل به وفي المحيط المكاتب كالحر
في الرهن والارتهان وذكر الطحاوي انه على قياس ابي يوسف ومحمد لا يجوز والصحيح الاول لان الرهن ايفاء
والارتهان استيفاء وهو يملكهما ولو رهن بمكاتبته عبدا فابق العبد عتق المكاتب اذا اقضى القاضي
[illegible] وان رجع الابق بعد ذلك يكون رهنا بمكاتبته والعبد الماذون له في التجارة كالمكاتب حتى
يملك الرهن والارتهان لما ذكرنا قال رحمه الله وله ان يطالب الراهن بدينه ويحبسه به اي للمرتهن
ان يطالب الراهن بدينه ويحبسه به وان كان الرهن في يده لان حقه باق بعد الرهن والرهن لزيادة
الصيانة فلا تمتنع به المطالبة وكذا لا يمتنع به الحبس لانه جزاء الظلم وهو المماطلة على ما بيناه في
القضاء مفصلا قال رحمه الله ويؤمر المرتهن باحضار رهنه والراهن باداء دينه اولا اي اذا طلب المرتهن
دينه يؤمر باحضار الرهن اولا ليعلم انه باق ولان قبض الرهن قبض استيفاء فلا يجوز ان يقبض ماله مع
[illegible] لانه يؤدي الى تكرار الاستيفاء على اعتبار الهلاك في يد المرتهن وهو محتمل
واذا احضر الرهن امر الراهن بتسليم الدين اولا وهو المراد بقوله والراهن باداء دينه اولا
ليتعين حق المرتهن في الدين كما تعين حق الراهن في الرهن تحقيقا للتسوية بينهما كما في تسليم المبيع
والثمن يحضر البائع المبيع ثم يسلم المشتري الثمن اولا لما ذكرنا وان طالبه بالدين في غير البلد الذي
وقع العقد فيه فان كان الرهن مما لا حمل له ولا مؤنة [illegible] ذلك الجواب لان الاماكن كلها في حقه كمكان
واحد في حق التسليم ولهذا لا يشترط فيه بيان مكان الايفاء في باب السلم بالاجماع وان كان له

رضي الله عنه

[illegible] المغصوب وبدل الخلع وبدل الصلح عن دم العمد

حمل ومونة يستوفي دينه ولا يكلف احضار الرهن لانه نقل والواجب عليه التسليم بالتخلية دون
النقل لانه يتضرر به زيادة ضرر لم يلتزمه في العقد ولو بيع الرهن لا يكلف المرتهن احضار ثمن الرهن
لانه لا قدرة له عليه لان بيعه بامر الراهن فصح وصار الرهن دينا فصار كانه رهنه الراهن وهو دين
ولو قبض الثمن يكلف احضاره لقيام البدل مقام المبدل والذي يقبض الثمن هو البائع مرتهنا كان
او عدلا لانه هو العاقد وحقوق العقد ترجع اليه وكما يكلف احضار الثمن باستيفاء كل الدين يكلف
لاستيفاء نجم قد حل اذا ادعى الراهن هلاكه لاحتمال الهلاك بخلاف ما اذا لم يدع الراهن هلاكه لانه لا
فائدة في احضاره مع اقراره ببقائه وهذا بخلاف ما اذا قتل رجل خطاء العبد الرهن حتى قضي بالقيمة
على عاقلته في ثلاث سنين حيث لا يجبر الراهن على قضاء الدين حتى يحضر المرتهن جميع القيمة لانه لم يصر
دينا بفعل الراهن وفيما تقدم صار دينا بفعله ولا بد من احضار جميع القيمة لانه تقوم مقام العين
لكونها بدلا عنها ولو وضع الرهن على يد العدل وامره بالايداع ففعل ثم جاء المرتهن فطلب دينه لا
يكلف احضار الرهن لانه لم يؤتمن عليه حيث وضع على يد غيره فلم يكن تسليمه في قدرته وكذا لو وضعه
العدل في يد من في عياله وغاب وطلب المرتهن دينه والذي في يده يقر بالوديعة من العدل ويقول
لا ادري لمن هو يجبر الراهن على قضاء الدين لان احضار الرهن ليس على المرتهن لانه لم يقبض منه وكذا
اذا غاب العدل ولا يدري اين هو لما قلنا بخلاف ما اذا جحد الذي اودعه العدل الرهن بان قال هو مالي
حيث لا يرجع المرتهن على الراهن بشيء حتى يثبت انه رهن لانه لما جحد فقد توى المال والتوى على المرتهن
فيتحقق الاستيفاء فلو علك المطالبة به قال وان كان الرهن في يد المرتهن لا يمكنه من البيع حتى يقضيه
الدين اي لو اراد الراهن ان يبيع الرهن لكي يقضي بثمنه الدين لا يجب على المرتهن ان يمكنه من البيع لان
حكم الرهن الحبس الدائم الى ان يقضي الدين لا القضاء من ثمنه على ما بينا من قبل فلو قضاه البعض فله ان
يحبس كل الرهن حتى يستوفي البقية كما في حبس المبيع قال فاذا قضى سلم الرهن اي اذا قضى الراهن
جميع الدين سلم المرتهن الرهن اليه لزوال المانع من التسليم بوصول حق المرتهن اليه فلو هلك الرهن بعد قضاء
الدين قبل تسليمه الى الراهن استرد الراهن ما قضاه من الدين لانه تبين بالهلاك انه صار مستوفيا من وقت
القبض السابق فكان الثاني استيفاء بعد استيفاء فيجب رده وهذا لانه بايفاء الدين لا ينفسخ الرهن حتى يرده
الى صاحبه فيكون مضمونا على حاله بعد قضاء الدين ما لم يسلمه الى الراهن او يبرئه المرتهن عن الدين
وكذا لو فسخا الرهن لا ينفسخ ما دام في يده حتى كان للمرتهن ان يمنعه بعد الفسخ حتى يستوفي دينه ولو
بعد الفسخ يكون كما لو هلك قبله فيكون هالكا بدينه بخلاف ما اذا هلك بعد الابراء حيث لا يضمن
استحسانا لانه لم يبق رهنا لان بقاءه رهنا بامرين بالقبض والدين فاذا فات احدهما لم يبق رهنا
قال ولا ينتفع المرتهن بالرهن استخداما وسكنى ولبسا واجارة واعارة لان الرهن يقتضي الحبس الى
ان يستوفي دينه دون الانتفاع فلا يجوز له الانتفاع الا بتسليط منه وان فعل كان متعديا ولا يبطل الرهن
بالتعدي قال ويحفظه بنفسه وزوجته وولده وخادمه الذي في عياله معناه ان يكون الولد في عياله
ايضا لان عينه امانة في يده على ما بينا فصار كالوديعة واجيره الخاص كولده الذي في عياله ...
مشاهرة او مسانهة والمعتبر فيه المساكنة ولا عبرة بالنفقة حتى ان المراة لو دفعته الى زوجها ... قال
وان حفظه بغيرهم او اودعه ضمنه وتقديره قيمته لما بينا ان عينه وديعة في يده والوديعة تضمن بهذه الاشياء
لكونه متعديا بها فيضمن جميع قيمته كالمغصوب وهل يضمن المودع الثاني فهو على الخلاف الذي بيناه
في مودع المودع في كتاب الوديعة ثم ان قضى القاضي بالقيمة من جنس الدين يلتقيان قصاصا بمجرد القضاء
اذا كان الدين حالا وان كان مؤجلا يطالب كل واحد منهما صاحبه الا بالفضل وان كان مؤجلا يضمن المرتهن قيمته ويكون

رهنا عنده لانه بدل الرهن فيكون له حكم اصله فاذا حل الاجل اخذه بدينه وان قضي بالقيمة من
خلاف جنس الدين كان الضمان رهنا عنده الى ان يقضيه دينه لانه بدل الرهن فاخذ حكمه ولو رهنه
خاتما فجعله في خنصره ضمن لانه استعمل الرهن فصار متعديا به واليمنى واليسرى في ذلك سواء لان
العادة فيه مختلفة ولو جعله في بقية الاصابع كان رهنا على حاله لانه لا يلبس كذلك عادة فكان من
باب الحفظ لا من باب الاستعمال بغير اذن المالك الا اذا كان المرتهن امراة فتضمن لان النساء يلبسن كذلك
فيكون من باب الاستعمال وكذا الطيلسان ان لبسه لبسا معتادا ضمن وان وضعه على عاتقه لا يضمن
ولو رهنه سيفين فتقلدهما ضمن وفي الثلاثة لا يضمن لان العادة جرت بين الشجعان بتقلد السيفين
في الحرب دون الثلاثة ولو رهنه خاتمين فلبس خاتما فوق خاتم فان كان ممن يتجمل بلبس خاتمين ضمن
لانه مستعمل والا فلا لانه حافظ قال واجرة بيت حفظه وحافظه على المرتهن واجرة راعيه ونفقة
الرهن والخراج على الراهن فقط والاصل فيه ان ما يحتاج اليه لمصلحة الرهن نفسه وتبقيته فهو على الراهن
سواء كان في الرهن فضل او لم يكن لان العين باقية على ملكه وكذا منافعه مملوكة له فيكون اصلاحه ومؤنته
عليه لما انه مؤنة ملكه كما في الوديعة وذلك مثل النفقة من ماكله ومشربه واجرة الراعي مثله لانه
علف البهائم ومن هذا الجنس كسوة الرقيق واجرة ظئر ولد الرهن وكري النهر وسقي البستان وتلقيح نخله
وجذاذه والقيام بمصالحه وكل ما كان لحفظه او لرده الى يد المرتهن او لرد جزء منه كمداواة الجرح فهو على
المرتهن مثل اجرة الحافظ لان الامساك حق له والحفظ واجب عليه فيكون مؤنته عليه وكذا اجرة البيت
الذي يحفظ فيه الرهن وعن ابي يوسف ان اجرة المأوى على الراهن بمنزلة النفقة لانه سعى في تبقيته ومن
هذا القسم جعل الآبق اذا كان كله مضمونا لان يد الاستيفاء كانت ثابتة على المحل ويحتاج الى اعادة
يد الاستيفاء ليرده على المالك فكانت من مؤنة الرد فيكون عليه وان كان بعضه امانة فبقدر المضمون
على المرتهن وحصة الامانة على الراهن لان الرد لاعادة اليد ويده في الزيادة يد المالك اذ هو كالمودع
فيها فيكون على المالك بخلاف اجرة البيت الذي يحفظ فيه الرهن فان كلها تجب على المرتهن كيف ما كان
لان وجوبها لاجل الحبس وحق الحبس ثابت له في الكل واما الجعل فلاجل الضمان فيتقدر بقدره والمداواة
والفداء من الجناية تنقسم على المضمون والامانة والخراج على الراهن لانه مؤنة الملك والعشر فيما يخرج مقدم
على حق المرتهن لتعلقه بالعين ولا يبطل الرهن به في الباقي لان وجوبه لا ينافي ملكه الا ترى انه لو باع الخارج
في غير الرهن قبل اداء العشر يجوز وكذا اذا خرج بدل العشر من مال اخر واذا كان ملكه ثابتا فيه بقي رهنا
... بخلاف استحقاق جزء شايع من الرهن حيث يبطل الرهن في الباقي لانه تبين بالاستحقاق انه لا يملك
قدر المستحق فكان الرهن شايعا من الابتداء وتبين ان الرهن كان باطلا ولا كذلك وجوب العشر لان وجوبه لا
ينافي ملك الراهن لا فيه ولا في غيره ثم اذا اخرج منه العشر خرج ذلك الجزء عن ملكه في ذلك الوقت فلم يوجب
شيوعا في الباقي لا طاريا ولا مقارنا وما اداه احدهما مما يجب على الاخر بغير امر القاضي فهو متطوع كما اذا قضى
دين غيره بغير امره وان كان بامر القاضي وجعله دينا على الاخر رجع عليه وبمجرد امر القاضي من غير تصريح بجعله
دينا عليه لا يرجع عليه كما في اللقيط وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يرجع عليه اذا كان صاحبه حاضرا وان كان
غائبا رجع ... لانه يمكنه ان يرفع الامر الى القاضي فيامر صاحبه بذلك وقال ابو يوسف يرجع في الوجهين وهي
فرع مسئلة الحجر لان القاضي لا يلي على الحاضر ولا ينفذ امره عليه لانه لو نفذ عليه ... عليه ... لا
ينحجر عنده وعند ابي يوسف يلي عليه فينفذ امره عليه

باب ما يجوز ارتهانه وما لا يجوز

قال رحمه الله لا يجوز رهن المشاع وقال الشافعي يجوز لان موجبه عنده استحقاق بيعه وتعيينه لبيع المشاع
يقبل ذلك ولنا ان كان استيفاء والاستيفاء الحقيقي لا يتم بالشيوع فكذا الحكمي ولنا ان موجبه ثبوت

الخراج على الراهن والعشر على ... المرتهن ولو باع الخارج ... في غير الرهن قبل اداء العشر لا يجوز

اي مداواة الجراح والوجع ومعالجة الامراض

اي وجوب العشر

والارتهان

بد الاستيفاء واستحقاق الحبس الدايم ليحصل مقصوده وهو الاستيثاق من الوجه الذي بينا وذلك
لا يحصل الا بثبوت اليد عليه ولهذا شرط في النص ان يكون مقبوضا بخلاف حقيقة الاستيفاء لان موجبها
ملك العين المستوفاه فقط لا الحبس والملك يتصور في المشاع ولا يتصور الحبس الدايم فيه لانه يبطل
بالمهاياة فصار كانه رهنه يوما ويوما لا ولهذا يستوي فيه ما يحتمل القسمة وما لا يحتملها بخلاف الهبة
حيث تجوز فيما لا يحتمل القسمة لان موجبها الملك وذلك لا يمتنع بالشيوع وانما يمنعها لزوم غرامة القسمة
وذلك فيما يقسم لا غير ولا يجوز من شريكه ايضا لان ثبوت اليد في المشاع لا يتصور ولانه لو جاز لامسكه
يوما بحكم الرهن ويوما بحكم الملك فيصير كانه رهنه يوما ويوما لا بخلاف الاجارة حيث تجوز في المشاع
من شريكه لان حكمها التمكن من الانتفاع لا الحبس والشريك متمكن من ذلك فيجوز بخلاف غير الشريك
والشيوع الطاري يمنع بقاء الرهن في رواية الاصل وعن ابي يوسف انه لا يمنع لان حكم البقاء اسهل من الابتدا
فاشبه الهبة وجه الاول ان الامتناع لعدم المحلية وفي مثله يستوي الابتدا والبقاء كالمحرمية في باب
النكاح بخلاف الهبة لان المشاع لا يمنع حكمها وهو الملك والمنع في الابتداء لنفي الغرامة على ما عرف ولا حاجة
الى اعتباره في حالة البقاء ولهذا يصح الرجوع في بعض الموهوب ولا يصح الفسخ في بعض المرهون **قال**
ولا الثمرة على النخل دونها ولا زرع في الارض دونها ولا النخل في الارض دونها لان القبض شرط في الرهن
على ما بينا ولا يمكن قبض المتصل بغيره وحده فصار في معنى المشاع وعن ابي حنيفة ان رهن الارض دون الشجر
جايز لان الشجر اسم النابت فيكون استثناء للاشجار بمواضعها بخلاف ما اذا رهن الدار دون البناء لان البناء
اسم المبني فتكون الارض جميعها رهنا وهي مشغولة بملك الراهن ولو رهن النخيل بمواضعها جاز لانه
رهن الارض بما فيها من النخيل وذلك جايز ومجاورة ما ليس برهن لا تمنع الصحة ويدخل في رهن
الارض النخل والشجر والزرع والرطبة والبناء والغرس لانه تابع لاتصاله فيدخل تبعا تصحيحا
العقد بخلاف البيع حيث لا يدخل هذه الاشياء في بيع الارض سوى النخيل لان بيع الارض والنخيل بدون
هذه الاشياء جايز فلا حاجة الى ادخالها في البيع من غير ذكر وبخلاف المتاع الموضوع فيها حيث لا يدخل
في الرهن من غير ذكر لانه ليس بتابع بوجه ما ولهذا لو باعها بكل قليل وكثير هو فيها او منها لا يدخل
المتاع وهذه الاشيا تدخل وكذا تدخل هذه الاشياء في رهن الدار والقرية لما ذكرنا ولو استحق بعضه
ان كان الباقي يجوز ابتداء الرهن عليه وحده جاز وذلك بان يكون المستحق موضعا معينا لان رهنه
ابتداء يجوز فكذا بقاء وان كان الباقي لا يجوز ابتداء الرهن عليه بان استحق جزءا شايعا او ما هو في
التابع كالثمر ونحوه بطل لانه تبين بالاستحقاق ان الرهن وقع باطلا ويمنع التسليم كون الراهن
او متاعه في الدار المرهونة حتى اذا رهن دارا وهو فيها وقال سلمتها اليك لا يتم الرهن حتى يقول بعد
ما خرج من الدار سلمتها اليك لان التسليم الاول لم يصح وهو فيها فوقع باطلا لشغلها به فلو بد من تجديد
التسليم بعد الخروج منها كما اذا سلمها ومتاعه فيها ويمنع تسليم الدابة المرهونة الحمل الذي عليها
فلا يتم حتى يلقي الحمل بخلاف ما اذا رهن الحمل دونها حيث يكون رهنا تاما اذا دفعها اليه لانها
مشغولة به فصار كما اذا رهن متاعا في دار او وعاء دون الدار والوعاء بخلاف ما اذا رهن سرجا على دابة
او لجاما في راسها ودفع الدابة مع السرج واللجام حيث لا يكون رهنا حتى ينزعه منها ثم يسلمه اليه
لانه من توابع الدابة بمنزلة الثمرة للنخيل حتى قالوا يدخل في رهن الدابة من غير ذكر **قال** ولا الحر
ولا المدبر وام الولد والمكاتب لان موجب الرهن ثبوت يد الاستيفاء ولا استيفاء من هولا لعدم
الاستحقاق في الحرية فصار كالحر **قال** ولا بالامانات والدرك والمبيع اي لا يجوز الرهن بهذه
الاشيا اما بالامانات كالوديعة والعارية والمضاربة ومال الشركة فلان قبض الرهن مضمون بما رهن به

لكونه استيفاء لا بنفسه فلا بد من ضمان المرهون به ليقع الرهن مضمونا به ويتحقق استيفاؤه من الرهن
والامانات ليست بمضمونة ولا يمكن استيفاؤها من الرهن لتعينها حال بقائها وعدم وجوب الضمان
بعد هلاكها فصار كالعبد الجاني والعبد الماذون له في التجارة والشفعة فان الرهن بها لا يجوز فان العبد
غير مضمون على المولى والشفعة غير مضمونة على المشتري بخلاف الاعيان المضمونة كالمغصوب وبدل
الخلع والمهر وبدل الصلح عن دم عمد حيث يصح الرهن بها لان الوجوب فيها متقرر اذ الواجب فيها القيمة
ورد العين مخلص على ما عليه الجمهور او القيمة شبهة الوجوب على ما قاله البعض فيكون رهنا بما تقرر
وجوبه او سببه واما الدرك فلان الرهن استيفاء ولا استيفاء قبل الوجوب لان معنى الدرك ضمان
الثمن عند استحقاق المبيع فما لم يستحق لا يجب على البايع رد الثمن وكذا بعد الاستحقاق حتى يحكم برد الثمن
وبفسخ البيع لاحتمال ان يجيز المستحق البيع بخلاف الكفالة به حيث تجوز لان الكفالة يجوز تعليقها بالشرط
على ما عرف في موضعه وهذا لانها التزام المطالبة والتزام الافعال معلقا او مضافا الى المال جايز
كما في الصوم والصلوة وليس فيها شيء من معنى التمليك ولا كذلك الرهن فانه استيفاء فيكون تمليكا والتمليك
باسرها لا يجوز تعليقها ولا اضافتها فافترقا ولو قبض الرهن بالدرك قبل الوجوب بالاستحقاق فهلك عند
المشتري يهلك امانة لانه لا عقد حيث وقع باطلا بخلاف الرهن بالدين الموعود وهو ان يقول رهنتك
هذا بالف لتقرضنيه وهلك في يد المرتهن حيث يهلك بما سمي من المال لان الموعود جعل كالموجود باعتبار
الحاجة بل جعل موجودا اقتضاء لان الرهن استيفاء والاستيفاء لا يسبق الوجوب بل يتلوه فلا بد من سبق
الوجوب ليكون الاستيفاء مبنيا عليه ولانه مقبوض بجهة الرهن الذي يصح على اعتبار وجوده فيعطى
له حكمه كالمقبوض على سوم الشراء فيكون مضمونا عليه بالاقل مما سمي ومن قيمة الرهن اذا سمي قدر الموعود
وان لم يسم قدره بان رهنه على ان يعطيه شيئا فهلك الرهن في يده يعطي المرتهن الراهن ما شاء لانه
بالهلاك صار مستوفيا شيئا فيكون بيانه اليه كما لو اقر بذلك بخلاف المقبوض على سوم الشراء حيث
يجب على القابض جميع قيمته لانه مضمون بنفسه كالبيع الفاسد والمغصوب فلا يتقدر بغيره ولا كذلك
الرهن فانه مضمون بغيره وهو الدين فيكون مقدرا به وروى المعلى عن ابي يوسف انه يجب قيمة الرهن في
الدين الموعود بالغة ما بلغت كالمقبوض على سوم الشراء واما بالمبيع فلانه مضمون بغيره فانه مضمون
بالثمن حتى اذا هلك ذهب بالثمن فلا يجب على البايع شيء والرهن لا يجوز الا بالاعيان المضمونة بنفسها ولا يجوز
بالاعيان المضمونة بغيرها كالرهن وان هلك الرهن بالمبيع ذهب بغير شيء لانه لا اعتبار بالباطل فلا يجب
على المشتري شيء **قال** وانما يصح بدين ولو موعودا اي الرهن يصح بدين وان كان الدين موعودا ولا يصح
بغيره وقد بينا المعنى فيه وهو ان الرهن استيفاء والاستيفاء يتحقق في الواجب وهو الدين ثم وجوب الدين
ظاهرا يكفي لصحة الرهن ولا يشترط وجوبه حقيقة حتى لو ادعى على رجل دينا الف درهم مثلا فانكر المدعى
عليه فصالحه على خمسماية على الانكار واعطاه بها رهنا يساوي خمسماية وهلك الرهن عند المرتهن ثم
[illegible] لا دين عليه فان المرتهن يضمن قيمة خمسماية درهم للراهن باعتبار الظاهر ذكره محمد في الجامع
وكذا [illegible] عبدا او رهن بالثمن فهلك الرهن ثم ظهر ان العبد حر او مستحق يجب على البايع ان يضمن
الاقل من [illegible] الرهن ومن ثمن العبد لان الدين كان ثابتا ظاهرا فيترتب عليه احكامه لان الاحكام الشرعية
تبنى على الظاهر والله تعالى هو الذي يتولى السراير وكذا لو اشترى عبدا او شاة ذكية او خلا ورهن بثمنه
ثم [illegible] العبد حر او الشاة ميتة والخل خمر كان الرهن مضمونا لما ذكرنا **قال** ورأس مال السلم وثمن
الصرف والمسلم فيه اي يجوز الرهن بهذه الاشياء وقال زفر لا يجوز لان حكمه الاستيفاء وذلك بالاستبدال
لاختلاف الجنس والاستبدال حرام في بدل الصرف والسلم ولنا انه استيثاق من الوجه الذي بينا

الاجارة تجوز في المشاع من شريكه

وصورته بان رهن جميع العين ثم تفاسخا العقد في النصف ورده المرتهن مسكين

رهن الارض دون الاشجار جايز عند الامام

الرهن بالعبد الجاني والشفعة لا يجوز

الواجب في الاعيان المضمونة القيمة ورد العين مخلص

قبض الرهن بالدرك

وهو المقصود بالرهن وانما يصير مستوفيا بالمالية لا بالعين ولهذا يكون عينه امانة في يده حتى تجب
نفقته حيا وكفنه ميتا على الراهن ولو كان مستوفيا به لوجب على المرتهن وهما من حيث المالية جنس واحد
فيتحقق استيفاء لا مبادلة قال فان هلك صار مستوفيا لوجود القبض واتحاد الجنس من حيث المالية
وهو المضمون فيه هذا اذا هلك الرهن قبل الافتراق وان افترقا قبل الهلاك بطل الصرف والسلم لفوات
القبض حقيقة وحكما هذا اذا كان رهنا ببدل الصرف او براس مال السلم وان كان رهنا بالمسلم فيه لا يبطل
بالافتراق لان قبضه لا يجب في المجلس ثم ان هلك بعد الافتراق صار مستوفيا المسلم فيه فتم السلم كما اذا
كان رهنا براس المال او ببدل الصرف وهلك قبل الافتراق يصير مستوفيا لدينه حكما فيتم الصرف والسلم
ولو تفاسخا السلم وبالمسلم فيه رهن يكون ذلك رهنا براس المال استحسانا حتى يحبسه به والقياس ان لا
يحبسه به لانه دين اخر وجب بسبب اخر وهو القبض والمسلم فيه وجب بالعقد فلا يكون الرهن باحدهما
رهنا بالاخر كما لو كان عليه دينان دراهم ودنانير وباحدهما رهن فقضاه الذي به الرهن او ابراه منه ليس
له حبسه بالدين الاخر وجه الاستحسان انه ارتهن بحقه الواجب بسبب العقد الذي جرى بينهما وهو المسلم
فيه عند عدم الفسخ وراس المال عند الفسخ فيكون محبوسا به لانه بدله فقام مقامه اذ الرهن بالشيء يكون
رهنا ببدله كما اذا ارتهن بالمغصوب فهلك المغصوب صار رهنا بقيمته ولو هلك الرهن بعد التفاسخ
يهلك بالمسلم فيه لانه رهنه به وان كان محبوسا بغيره كمن باع عبدا وسلم المبيع واخذ بالثمن رهنا ثم تقايلا
البيع له ان يحبسه لاخذ المبيع لانه بدل الثمن ولو هلك المرهون يهلك بالثمن لانه مرهون به وكذا لو اشترى
عبدا شراء فاسدا وادى ثمنه كان للمشتري ان يحبس المبيع عند الفسخ ليستوفي الثمن ثم اذا هلك المبيع يهلك
بقيمته فكذا هذا ثم اذا هلك الرهن بالمسلم فيه في مسئلتنا يجب على رب السلم ان يدفع مثل المسلم فيه وياخذ
راس المال لان الرهن مضمون به وقد بقي حكم الرهن الى ان يهلك فصار رب السلم بهلاك الرهن مستوفيا للمسلم
فيه ولو استوفاه حقيقة ثم تقايلا او استوفاه بعد الاقالة لزمه رد المستوفى واسترداد راس المال
فكذا هنا وهذا لان الاقالة في باب السلم لا تحتمل الفسخ بعد ثبوتها فبهلاك الرهن لا تبطل قال وللاب
ان يرهن بدين عليه عبدا لطفله اي لولده الصغير لانه يملك ايداعه وهذا انظر منه في حق الصبي
لان قيام المرتهن بحفظه ابلغ مخافة الغرامة ولو هلك يهلك مضمونا والوديعة امانة والوصي في هذا بمنزلة الاب
لما بينا وعن ابي يوسف وزفر رحمهما الله انهما لا يملكان ذلك وهو القياس لان الرهن ايفاء حكما فلا يملكانه
حقيقة وجه الاستحسان وهو الظاهر ان في حقيقة الايفاء ازالة ملك الصغير من غير عوض يقابله
في الحال وفي الرهن نصب حافظ لمال الصغير في الحال مع بقاء ملكه فيه فافترقا واذا جاز الرهن يصير المرتهن
مستوفيا دينه عند هلاكه حكما ويصير الاب او الوصي موفيا لدينه ويضمنان ذلك القدر للصغير وذكر
في النهاية معزيا الى التمرتاشي وهو الى الاولى ان قيمة الرهن اذا كانت اكثر من الدين يضمن الاب بقدر الدين
والوصي بقدر القيمة لان للاب ان ينتفع بمال الصغير ولا كذلك الوصي ثم قال وذكر في الذخيرة [illegible]
التسوية بينهما في الحكم وقال لا يضمنان الفضل لانه امانة وهو وديعة عند المرتهن [illegible]
[illegible] الوسلطا المرتهن على البيع لانه توكيل على البيع وهما يملكانه ثم اذا اخذ المرتهن [illegible]
[illegible] لانهما اوفيا دينهما واصل هذا البيع فان الاب او الوصي اذا باع مال الصغير [illegible]
تقع المقاصة ويضمنه للصبي عندهما وعند ابي يوسف لا تقع المقاصة فياخذ البائع الثمن من المشتري للصغير
وياخذ المشتري دينه من البائع وعلى هذا الخلاف الوكيل بالبيع اذا كان عليه دين غريم تقع المقاصة
بنفس البيع عندهما ويضمن الوكيل الثمن للموكل وعنده لا تقع وادا كان من اصله انه لا يملك قضاء دين
نفسه بمال الصغير بطريق البيع فكذا لا يملك بطريق الرهن [illegible] عندهما لما ملك بطريق البيع ملكه بطريق

الرهن ايضا لان الرهن نظير البيع من حيث وجود المبادلة لوجوب الضمان على المرتهن كوجوب الثمن على
المشتري واذا كان للاب او لابنه الصغير او لعبده المأذون له في التجارة ولا دين عليه دين على ابن له صغير
فرهن الاب متاع الصغير من نفسه او من ابنه الصغير او من عبده التاجر جاز لان الاب لوفور شفقته نزل منزلة
شخصين واقيمت عبارته مقام عبارتين كما في بيعه مال الصبي من نفسه ولو فعل الوصي ذلك والمسئلة بحالها
لا يجوز لانه وكيل محض والاصل ان الواحد لا يتولى طرفي العقد في الرهن كما في البيع ترك ذلك في الاب
لما ذكرنا وليس الوصي كالاب فان شفقته قاصرة فلا يعدل عن الحقيقة والرهن من ابنه الصغير ومن عبده
التاجر بمنزلة الرهن من نفسه فلا يجوز بخلاف ابنه الكبير وابيه وعبده الذي عليه دين حيث يجوز رهنه
منهم لانه اجنبي عنهم اذ لا ولاية له عليهم بخلاف الوكيل بالبيع حيث لا يجوز بيعه منهم لانه متهم فيه
ولا تهمة في الرهن لان له حكما واحدا وهو ان يكون مضمونا بالاقل من قيمته ومن الدين وذلك لا يختلف
بين الاجنبي والقريب ولو رهن الوصي مال اليتيم عند الاجنبي بتجارة باشرها او رهن اليتيم بدين
لزمه بالتجارة صح لان الاصلح له التجارة تثميرا لماله فلا يجد بدا من الرهن لانه ايفاء واستيفاء ولو
رهن الاب متاع الصغير فادرك الابن ومات الاب فليس للابن ان يسترده حتى يقضي الدين لان تصرف الاب
عليه نافذ لازم له بمنزلة تصرفه بنفسه بعد البلوغ ولو كان على الاب دين لرجل فرهن به مال الصغير
فقضاه الابن بعد البلوغ رجع به في مال الاب لانه مضطر اليه لحاجته الى الانتفاع بماله فاشبه معير الرهن
وكذا اذا هلك قبل ان يفتكه لان الاب يصير قاضيا دينه به ولو رهن الاب مال الصغير بدين على نفسه
وبدين على الصغير جاز لاشتماله على امرين جائزين ثم حكمه في حصة دين الاب كحكمه فيما لو كان كله رهنا
بدين الاب وكذلك الوصي والجد اب الاب ولو رهن الوصي متاعا لليتيم في دين استدانه عليه وقبضه
المرتهن ثم استعاره الوصي لحاجة اليتيم فضاع في يد الوصي هلك من مال اليتيم لان فعل الوصي كفعله بنفسه
بعد البلوغ لانه استعاره لحاجة الصغير فلا يكون متعديا بذلك ولو هلك الرهن في يد الوصي لا يسقط
من الدين شيء لخروجه عن ضمان المرتهن بالاسترداد والوصي هو الذي يطالب به على ما كان ولو استعاره لحاجة
نفسه ضمنه للصغير لانه متعد فيه لعدم ولاية الاستعمال في حاجة نفسه ولو غصبه الوصي بعد ما
رهنه فاستعمله في حاجة نفسه حتى هلك عنده ضمن قيمته لانه متعد في حق المرتهن بالغصب والاستعمال
وفي حق الصبي بالاستعمال في حاجة نفسه فيقضي بالضمان الدين ان كان قد حل فان فضل شيء كان لليتيم
لانه بدل ملكه وان لم يف بالدين يقضي من مال اليتيم لان الدين عليه وانما يضمن الوصي بقدر ما تعدى فيه
ان كان الدين مؤجلا فالقيمة رهن فاذا حل الدين كان على ما ذكرنا ولو انه غصبه واستعمله لحاجة الصغير
ضمنه لحق المرتهن لا لحق الصغير لان استعماله في حاجة الصغير ليس بتعد في حقه وكذا الاخذ لان له
ولاية اخذ مال اليتيم ولهذا اذا اقر الاب او الوصي بغصب مال الصغير لا يلزمه شيء لانه لا يتصور غصبه
[illegible] اليتيم لماله لان له ولاية الاخذ فاذا هلك في يده يضمنه للمرتهن فياخذه بدينه ان كان قد حل ويرجع
[illegible] الصغير لانه ليس بتعد في حقه بل هو عامل له وان كان لم يحل يكون رهنا عند المرتهن ثم اذا حل
[illegible] به ويرجع الوصي على الصبي على ما ذكرنا قال ويصح رهن الحجرين والمكيل والموزون
[illegible] الفضة وانما جاز رهن هذه الاشياء لامكان الاستيفاء منها فكانت محلا للرهن قال فان رهنت بجنسها
وهلكت هلكت بمثلها من الدين ولا عبرة للجودة لان الجودة لا قيمة لها عند المقابلة
بالجنس في الاموال الربوية وهذا على اطلاقه قول ابي حنيفة فانه يصير مستوفيا عنده اذا هلك باعتبار
الوزن [illegible] قيمته او كثر [illegible] انه لم يكن في اعتبار الوزن اضرار باحدهما بان كانت قيمة
الرهن مثل وزنه فكذلك وان كان فيه الحاق ضرر باحدهما بان كانت قيمته اكثر من وزنه او اقل ضمن

المرتهن قيمته من خلاف جنسه لينتقض قبض الرهن ثم يجعل الضمان رهنا مكانه ويملك المرتهن الهالك بالضمان
لانا لو اعتبرنا الوزن وحده من غير اعتبار صفته من جودة او رداءة واسقطنا القيمة فيه اضررنا باحدهما
ولو اعتبرنا القيمة وجعلناه مستوفيا باعتبارها ادى الى الربوا فتعين ما ذكرنا وابو حنيفة رحمه الله يقول
ان الجودة ساقطة عند المقابلة بالجنس في الاموال الربوية واستيفاء الردي بالجيد او بالعكس جائز عند
التراضي به وقد رضي ولهذا يحتاج الى نقضه ولا يمكن نقضه بايجاب الضمان عليه لعدم المطالب ولان
الانسان لا يضمن ملك نفسه فتعذر التضمين لتعذر النقض وقيل هذه فريعة ما اذا استوفى زيوفا مكان
الجياد ثم علم بالزيافة وهي معروفة وقيل لا يصح البناء لان محمدا فيها مع ابي حنيفة رحمه الله في المشهور عنه وفي
هذه مع ابي يوسف وقال قاضي خان ان البناء صحيح لان عيسى بن ابان قال قول محمد اولا كقول ابي حنيفة رحمه الله
واخرا كقول ابي يوسف ولئن كان مع ابي حنيفة فالفرق له ان الزيوف في تلك المسئلة قبضه استيفاء لحقه وقد
تم بهلاكه والرهن قبضه ليستوفي من غيره فلا بد من نقض القبض وقد امكن بالتضمين ثم الاصل فيه عند ابي حنيفة
ان العبرة للوزن دون الجودة والصياغة لان الوزن اصل والجودة وصف فلا يعتبر الوصف الا عند
الضرورة كما في الوصايا والتصرف في اموال الصغار وعند الانكسار فيما اذا كان الرهن مصوغا يضمن المرتهن
قيمة المضمون منه بالغا ما بلغ ولا يضمن حصة الامانة ان كان بعضه امانة ويملك المرتهن المنكسر
بقدر ما ضمن وخرج ذلك من ان يكون رهنا وجعل الضمان رهنا مكانه وان شاء الراهن ان يفتك المنكسر
بجميع الدين وليس له ان يجعله بالدين لانه حكم جاهلي والاصل عند ابي يوسف ان الجودة والصياغة معتبرة
بنفسها غير تابعة للوزن في حق الضمان لانها متقومة حقا للعبد ولا تجعل تبعا اذا لم يؤد الى الربوا كما
تعتبر في الوصية وفي مال الصغير حيث يعتبر خروج الجودة من الثلث ولا يجوز لولي الصبي ان يبيعه
بمثله من جنسه وقيمته انقص منه فاذا اعتبرت الجودة صارت كانها عين فتنضم الى الوزن فبقدر
الدين من المجموع صار مضمونا والباقي امانة ثم عند الهلاك يصير مستوفيا ما لم يؤد الى الاضرار باحدهما
او الربوا فان ادى اليه ضمن المرتهن المضمون منه من خلاف جنسه وجعل رهنا مكانه ويملك الرهن
على ما بينا وعند الانكسار هو بالخيار ان شاء افتكه بجميع الدين وان شاء ضمنه قيمة الرهن كله ان كان
كله مضمونا وان كان بعضه امانة يضمنه قدر المضمون منه ويملك المرتهن من الرهن بحسابه ويكون
الامانة رهنا على حاله مع الضمان وتفصل الامانة منه كيلا يلزم رهن المشاع وليس له ان يجعل المنكسر
بالدين لما ذكرنا والاصل عند محمد ان الجودة والصياغة تابعة للاصل وهو الوزن ولا تعتبر في
المعاملات اذا لاقت جنسها وتعتبر في المضمونات ثم ينظر ان كان في الوزن وقيمته وفاء بالدين وزيادة
يصرف الدين الى الوزن والامانة الى الجودة والصياغة وان لم يكن في الوزن وفاء وفي قيمته وفاء به
يصرف من قيمته الى الوزن الى تمام الدين فيجعل مضمونا والزائد امانة ثم عند الهلاك يصير المرتهن مستوفيا
دينه ما لم يؤد الى الاضرار باحدهما ولا الى الربوا فان ادى الى احدهما ضمن المرتهن قدر المضمون منه من
خلاف جنسه فيكون رهنا بالدين ويملك المضمون كقول ابي يوسف وعند الانكسار كان مخيرا ان شاء افتكه
بجميع الدين وان شاء جعله بالدين ما لم يؤد الى الاضرار باحدهما او الى الربوا فيعتبر حالة الانكسار بحالة
الهلاك ثم حاصل هذه المسائل على ثلاثة اقسام قسم فيما اذا كان الرهن مثل وزن الدين وقسم فيما اذا كان
وزنه اقل من الدين وقسم فيما اذا كان وزنه اكثر من الدين وكل قسم ينقسم الى قسمين الى حالة هلاك الرهن
والى حالة انكساره والقسم الاول ينقسم الى ثلاثة اقسام اما ان يكون القيمة مثل الوزن او اقل او اكثر وينقسم
كل قسم من الاخرين الى خمسة اقسام على ما نبين فصارت الكل ستة وثلثين ثم القسم الاول رهن قلب فضة
وزنه عشرة وقيمته عشرة بعشرة فهلك هلك بالدين اتفاقا اعتبارا بالوزن او لعدم الضرر باحد وان

اي القبض

حيث لا يجوز لولي الصبي ان يبيعه بمثله من جنسه وقيمته انقص منه

مسائل رهن الحلي في اموال الربوية

رهن قلب فضة

انكسر فعندهما ان شاء افتكه بجميع الدين وان شاء ضمنه قيمته من جنسه او من خلاف جنسه وجعله رهنا
مكانه وملك المرتهن المنكسر وعند محمد ان شاء الراهن افتكه بجميع الدين وان شاء جعله بالدين وان
كانت قيمته اقل من وزنه فهلك فعند ابي حنيفة يصير مستوفيا لدينه اعتبارا بالوزن وعندهما يضمن
المرتهن قيمته من خلاف جنسه وتكون رهنا لان في استيفائه ضررا بالمرتهن وان انكسر ضمنه قيمته من خلاف
جنسه وملك المضمون وجعل الضمان رهنا بالاتفاق وان شاء افتكه بجميع الدين وليس له ان يجعله بالدين
بالاتفاق اما عندهما فظاهر وكذا عند محمد لان المرتهن يتضرر به كما في حالة الهلاك وان كانت قيمته اكثر
من وزنه فهلك صار مستوفيا لدينه بالاجماع اعتبارا بالوزن عنده وصرفا للامانة الى الجودة والمضمون
الى الوزن عند محمد وعند ابي يوسف وان كان يصرف الضمان والامانة الى الوزن والجودة لكن صار مستوفيا
بقدر المضمون منهما والباقي منهما امانة وان انكسر ضمن جميع قيمته من خلاف جنسه عند ابي حنيفة رحمه الله
لان وزنه كله مضمون وهو المعتبر عنده وجعل الضمان رهنا وملك المرتهن المنكسر وان شاء افتكه بجميع
الدين وعند ابي يوسف يضمن المرتهن بقدر المضمون منه والباقي امانة حتى اذا كان يساوي خمسة عشر
والمسئلة بحالها ضمن ثلثيه وهو عشرة فيملك المرتهن ثلثي العين وثلث العين امانة تكون رهنا مع الضمان
وتفصل كيلا يكون الرهن مشاعا وان شاء افتكه بجميع الدين وليس له ان يجعله بالدين وعند محمد ان شاء
جعله بالدين كما في حالة الهلاك وان شاء افتكه بجميع الدين والقسم الثاني وهو ما اذا كان وزنه اقل من
الدين بان رهن بعشرة قلبا وزنه ثمانية مثلا وهو على خمسة اوجه اما ان تكون قيمته مثل وزنه ثمانية
او اقل او اكثر من وزنه واقل من الدين تسعة او مثل الدين عشرة او اكثر من الدين خمسة عشر فعند الهلاك يصير
مستوفيا لدينه بقدر وزنه في الوجوه كلها عند ابي حنيفة فيذهب ثمانية من دينه ويرجع بدرهمين
على الراهن لان العبرة عنده للوزن دون الجودة والصياغة وعند الانكسار يضمن المرتهن جميع قيمته على وجه
لا يكون ربوا فيكون الضمان رهنا ويملك المرتهن المنكسر لان العبرة للوزن عنده على ما بينا ووزنه جميعه
مضمون فيضمن قيمته بالغة ما بلغت ولو بلغت الوفاء وان شاء افتكه بالدين كله ولا شيء له عليه لانه لا
اعتبار للجودة عنده وعندهما ان كانت قيمته مثل وزنه فهلك ذهب من الدين بقدر وزنه اذ لا ضرر عليهما
فيه ويرجع المرتهن بالفضل على الراهن وان انكسر خير الراهن بين التضمين والافتكاك عند ابي يوسف وعند محمد
خير بين تركه بالدين بقدره وبين الافتكاك وان كانت قيمته اقل من وزنه فعند الهلاك يضمن قيمته ويكون
رهنا عنده ولا يجعل بالدين لان فيه ضررا على المرتهن ان ذهب من الدين قدر وزنه وان ذهب قدر قيمته
لزم الربوا الا اذا رضي المرتهن بذهاب حقه قدر وزن الرهن لان المنع لحقه وان انكسر خير الراهن بين ان
يفتكه بجميع الدين وبين ان يضمنه قيمته من خلاف جنسه او من جنسه رديا ويكون رهنا عنده وليس له
ان يجعله بالدين عند محمد لما فيه من الاضرار بالمرتهن كما في حالة الهلاك الا برضى المرتهن وان كانت
قيمته اكثر من وزنه واقل من الدين تسعة فعند الهلاك خير الراهن ان شاء افتكه وان شاء ضمنه قيمته
من خلاف جنسه او من جنسه جيدا قيمته مثل قيمة الرهن فيكون رهنا عنده لانه لو ذهب من الدين بقدر وزنه
[illegible] وان ذهب بقدر قيمته لزم الربوا فتعين ما ذكر وان انكسر خير الراهن بين الافتكاك وبين تضمين
[illegible] الضمان رهنا عنده وكذا اذا كانت قيمته مثل الدين عشرة لما بينا من مذهبهما وان كان قيمته
اكثر من الدين خمسة عشر فان هلك غرم المرتهن ثلثيه عند ابي يوسف ويرجع بدينه [illegible]
[illegible] رهنا مع الضمان لان الجودة والصياغة معتبرة عنده كالعين [illegible]
[illegible] من خلاف جنسه فيكون رهنا عنده وان انكسر ينظر [illegible]
الانكسار قدر الزيادة على الدين [illegible] امانة عنده على ما بينا [illegible]

لاعتباره حالة الانكسار بحالة الهلاك عند محمد

بان كانت قيمته اكثر

مطلب رهن قلب فضة وزنه ثمانية

رهن قلبا وزنه اكثر من الدين

النقصان اكثر من الزايد على الدين خير الراهن بين افتكاكه بجميع الدين وبين تضمين المرتهن قدر الدين من قيمته
من خلاف جنسه ويكون رهنا عنده والقسم الثالث وهو ما اذا كان وزنه اكثر من الدين بان رهن قلب
فضة وزنه خمسة عشر بعشرة فهو على خمسة اوجه اما ان كانت قيمته مثل وزنه او اكثر من وزنه او اكثر من
الدين او مثل الدين او اقل من الدين فان هلك ذهب بالدين ثلثاه مضمونا وثلثه امانة عند ابي حنيفة رحمه الله
كيف ما كانت قيمته لانه لا يعتبر عند الهلاك الا الوزن وان انكسر فهو بالخيار ان شاء افتكه بجميع الدين
في الصور كلها وان شاء ضمنه ثلثي قيمته بالغا ما بلغ لانه لا يعتبر الا الوزن فان كان وزنه كله مضمونا
ضمن جميع قيمته وان كان بعضه فبعضه ويكون الضمان رهنا ويملك المرتهن قدر ما ضمن من الرهن وهو الثلثان
والثلث امانة تبقى على ملك الراهن ويكون رهنا مع الضمان ويفصل كيلا يلزم رهن المشاع وعندهما
ان كانت قيمته مثل وزنه فعند الهلاك يذهب بالدين ثلثه امانة وثلثاه مضمون وان انكسر فعند محمد
خير الراهن ان شاء افتكه بجميع الدين وان شاء ضمنه ثلثي قيمته وتكون رهنا مع الباقي على الوجه الذي ذكرنا
لابي حنيفة رحمه الله وعند محمد ان شاء جعله بثلثيه بالدين واخذ ثلثه وان شاء افتكه بجميع الدين لما عرف
من اصله وان كانت قيمته اكثر من وزنه عشرين فان هلك ذهب بالدين مضمونا وامانة وان انكسر فعند
ابي يوسف ان شاء افتكه بالدين وان شاء ضمنه قدر الدين والباقي امانة يكون رهنا مع الضمان ويفصل
لما بينا وعلى المرتهن المضمون وعند محمد ان نقص بالانكسار قدر الزايد على الوزن او اقل لا يعتبر النقصان
لان الامانة تصرف اليه عنده فيجبر على الفكاك وان زاد النقصان على ذلك حتى صارت قيمته اقل من وزنه
خير الراهن ان شاء ترك ثلثيه بالدين واخذ الثلث وان شاء افتكه بالدين وليس له ان يضمنه لما عرف من
مذهبه وان كانت قيمته اقل من وزنه واكثر من الدين اثني عشر فان هلك يضمن المرتهن قدر الدين وهو خمسة
اسداس قيمة القلب لان العبرة عندهما الوزن والقيمة جميعا وبالوزن والقيمة وفاء بالدين وزيادة
والمضمون من الرهن عشرة والباقي امانة وان انكسر ضمنه بحصته وهو عشرة اجزاء من اثني عشر جزءا منه لان
المضمون منه خمسة اسداسه باعتبار القيمة لا باعتبار الوزن لانها معتبرة عندهما وان كانت قيمته
مثل الدين ان هلك ضمن المرتهن جميع قيمته لتعذر جعله مستوفيا باعتبار الوزن والقيمة وقال في المحيط
ضمن المرتهن بتخير لان القيمة معتبرة عندهما مع الوزن ولا وفاء بالقيمة بقدر المضمون من الرهن وهو عشرة
لان قيمة العشرة من الرهن اقل من عشرة الدين فيتخير ان شاء جعلها بالكل عما فيه وان شاء ضمنه عشرة من خلاف
جنسه ويكون رهنا عنده ودينه على حاله نفيا للضرر عن نفسه وان انكسر ضمن قيمته لان القيمة معتبرة
مع الوزن عندهما وقيمته عشرة عليه بعشرة وان كانت قيمته اقل من دينه ثمانية ان هلك ضمن قيمته
ورجع بدينه لان القيمة لها عبرة مع الوزن عندهما وان وجد الوفاء في الوزن لم يوجد في القيمة فيتخير
وله ان يضمن قيمة القلب ثمانية ويكون رهنا عنده وان انكسر ضمن جميع قيمته لما عرف قال رحمه الله ومن باع
عبدا على ان يرهن المشتري بالثمن شيئا بعينه فامتنع لم يجبر وللبايع فسخ البيع الا ان يدفع المشتري الثمن
حالا او قيمة الرهن رهنا وهذا استحسان والقياس ان لا يجوز هذا البيع لهذا الشرط وعلى هذا القياس
والاستحسان اذا باع على ان يعطيه كفيلا حاضرا في المجلس فقبل الكفيل لانه شرط لا يقتضيه [illegible]
منفعة لاحدهما ومثله يفسد البيع ولانه صفقة في صفقة وهو منهي عنه وجه الاستحسان [illegible]
ملايم للعقد لان الرهن للاستيثاق وكذا الكفالة والاستيثاق يلايم العقد فاذا كان الكفيل حاضرا في
المجلس وقبل اعتبر فيه المعنى وهو الملايمة فصح العقد واذا لم يكن الرهن ولا الكفيل معينا او كان الكفيل غايبا
حتى افترقا لم يبق معنى الكفالة والرهن للجهالة فكان الاعتبار لعينه فيفسد ولو كان الكفيل غايبا فحضر
في المجلس وقبل صح وكذا لو لم يكن الرهن معينا فاتفقا على تعيين الرهن في المجلس ونقد المشتري الثمن

باع عبدا على ان يرهن المشتري شيئا فامتنع لم يجبر وللبايع الفسخ

حالا جاز البيع وبعد المجلس لا يجوز وقوله فامتنع لم يجبر اي امتنع المشتري من تسليم الرهن لم يجبر على
تسليمه وقال زفر يجبر لانه صار بالشرط حقا من حقوقه كالوكالة المشروطة في عقد الرهن قلنا عقد
الرهن تبرع ولا جبر على المتبرع كالواهب غير ان البايع بالخيار ان شاء رضي بترك الرهن وان شاء فسخ البيع
لانه وصف مرغوب فيه ففواته يوجب الخيار كسلامة المبيع عن العيب الا ان يدفع المشتري الثمن حالا
لحصول المقصود او يدفع قيمة الرهن رهنا لان المقصود من الرهن المشروط يحصل بقيمته قال رحمه الله وان قال
البايع امسك هذا الثوب حتى اعطيك الثمن فهو رهن وقال زفر لا يكون رهنا ومثله عن ابي يوسف لان قوله
امسك يحتمل الرهن ويحتمل الايداع والثاني اقلهما فيقضي بثبوته بخلاف ما اذا قال امسكه بدينك
او بمالك عليك لانه لما قابله بالدين فقد عين جهة الرهن قلنا انه اتى بما ينبئ عن الرهن وهو الحبس الى
ايفاء الثمن والعبرة في العقود للمعاني حتى كانت الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة بشرط
مطالبة المحيل كفالة الا ترى انه لو قال ملكتك هذا بكذا يكون بيعا للتصريح بموجب البيع كانه قال له
بعتك بكذا ولا فرق بين ان يكون ذلك الثوب هو المشتري او لم يكن بعد ان كان بعد القبض لان المبيع بعد
القبض يصلح ان يكون رهنا بثمنه حتى يثبت فيه حكم الرهن بخلاف ما اذا كان قبل القبض لانه محبوس
بالثمن وضمانه يخالف ضمان الرهن فلا يكون مضمونا بضمانين مختلفين لاستحالة اجتماعهما حتى لو قال
له امسك المبيع حتى اعطيك الثمن قبل القبض فهلك انفسخ البيع ولو كان المبيع شيئا يفسد بالمكث كاللحم
والجمد فابطا المشتري وخاف البايع عليه التلف جاز للبايع ان يبيعه ووسع المشتري ان يشتريه ويتصدق
البايع بالزايد ان باعه باكثر من الثمن الاول لان فيه شبهة قال رحمه الله ولو رهن عبدين بالف لا ياخذ
احدهما بقضاء حصته كالمبيع لان المجموع محبوس بكل الدين فيكون الجميع محبوسا بكل جزء من اجزاء
الدين تحصيلا للمقصود وهو المبالغة في الحمل على الايفاء فصار كالمبيع في يد البايع وهو المراد بقوله
كالمبيع في يد البايع فان سمى لكل واحد منهما شيئا من الدين الذي رهنه به فكذلك الجواب في رواية
الاصل لان العقد متحد فلا يتفرق بالتسمية كالبيع وفي الزيادات له ان يقبض احدهما اذا ادى ما سمى له
لان التفريق يثبت في الرهن بتسمية حصة كل واحد منهما لان قبول العقد في احدهما لا يكون شرطا لصحة
العقد في الاخر حتى اذا قبل في احدهما صح فيه بخلاف البيع لان العقد فيه لا يتعدد بتفصيل الثمن
ولهذا لو قبل البيع في احدهما دون الاخر بطل البيع في الكل لان البايع يتضرر بتفريق الصفقة عليه
لان العادة جرت بضم الردي الى الجيد في البيع فيلحقه الضرر بالتفريق ولا كذلك الرهن لان الراهن
لا يتضرر بالتفريق ولهذا لا يبطل به وهذه الرواية هي الاصح قال رحمه الله ولو رهن عينا عند رجلين صح
سواء كانا شريكين في الدين او لم يكونا شريكين فيه ويكون جميع العين رهنا عند كل واحد منهما لان
الرهن اضيف الى كل العين في صفقة واحدة ولا يكون شايعا باعتبار تعدد المستحق لان موجبه جعله
محبوسا بالدين وهو لا يقبل الوصف بالتجزي فصار كله محبوسا بدين كل واحد منهما اذ لا تضايق
في الحبس ولهذا الرهن لا ينقسم على اجزاء الدين بل يكون كله محبوسا بكل الدين وبكل جزء من
اجزائه [illegible] يكون محبوسا بدينهما وبدين كل واحد منهما على الانفراد وبكل جزء من اجزاء دينهما
بخلاف الهبة من رجلين حيث لا تجوز عند ابي حنيفة رحمه الله لان العين تنقسم عليهما لاستحالة ثبوت
الملك لكل واحد منهما في الكل فثبت الشيوع ضرورة فان تهايآ فكل واحد منهما في نوبته كالعدل في حق الاخر
هذا اذا كان مما لا يتجزى فظاهر وان كان مما يتجزى وجب ان يحبس كل واحد منهما النصف فان دفع
احدهما كله الى الاخر وجب ان يضمن الدافع عند ابي حنيفة خلافا لهما واصل المسئلة الوديعة فيما اذا
اودع عند رجلين شيئا يقبل القسمة فدفع احدهما كله الى الاخر فان الدافع يضمن عنده خلافا لهما

العبرة في العقود للمعاني

الرهن لا ينقسم على اجزاء الدين

قال رحمه الله والمضمون على كل حصة دينه لان كل واحد منهما يصير مستوفيا بالهلاك اذ ليس احدهما باولى من الاخر فينقسم عليهما لان الاستيفا مما يقبل التجزي قال رحمه الله فان قضى دين احدهما فالكل رهن عند الاخر لان كله محبوس بكل جزء من اجزاء الدين فلا يكون له استرداد شي منه ما دام شي من الدين باقيا كما اذا كان المرتهن واحدا وكالمبيع اذا ادى احد المشترين حصته او مشتر واحد ادى حصة بعض المبيع واذا رهن رجلان بدين عليهما رهنا واحدا فهو جايز والرهن رهن بكل الدين وللمرتهن ان يمسكه حتى يستوفي جميع الدين لان قبض الرهن يحصل في الكل من غير شيوع فصار نظير البايع وعلى نظير المشترين قال رحمه الله وبطل بينة كل واحد منهما على رجل انه رهنه عبده وقبضه معناه ان رجلا في يده عبد فاقام رجلان بينة انه رهنه العبد الذي في يده فهو باطل لان كل واحد منهما اثبت ببينته انه رهنه كل العبد فلا يتصور ذلك لان العبد الواحد يستحيل ان يكون كله رهنا لهذا وكله رهنا لذاك في حالة واحدة فيمتنع القضاء به وكذا يمتنع القضاء به لاحدهما لعدم الاولوية ولا وجه الى القضاء بالنصف لانه يودي الى الشيوع فتعذر العمل بالبينتين فتهاترتا ولا يمكن ان يقدر كانهما ارتهناه معا استحسانا لجهالة التاريخ لان ذلك يودي الى العمل بخلاف ما اذا اقتضته الحجة لان كلا منهما اثبت ببينته حبسا يكون وسيلة الى تملك كل العبد بالاستيفا وبالقضا يثبت حبس يكون وسيلة الى تملك شطره بالاستيفا فلا يكون عملا على وفق الحجة فكان العمل بالقياس اولى لقوة اثره المستتر وهو ان كل واحد منهما يثبت الحق ببينته على حدة ولم يرض بمزاحمة الاخر بخلاف ما اذا ارتهنا جملة لان العقد فيه من جانب الراهن واحد وهنا يثبت كل واحد منهما عقدا اخر والرهن بعقدين مختلفين لا يجوز بخلاف ما لو كان ذلك بعد موت الراهن على ما نبين الفرق فاذا وقع باطلا فان هلك يهلك امانة لان الباطل لا حكم له هذا اذا لم يورخا فان ارخا كان صاحب التاريخ الاقدم اولى لانه اثبته في وقت لا ينازعه فيه احد وكذا اذا كان الرهن في يد احدهما كان صاحب اليد اولى لان تمكنه من القبض دليل على سبقه كدعوى نكاح امراة او شراء عين من واحد قال رحمه الله ولو مات راهنه والعبد في ايديهما فاقام كل واحد منهما بينة على ما وصفنا كان في يد كل واحد منهما النصف رهنا بحقه وهذا استحسان وهو قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وفي القياس هذا باطل وهو قول ابي يوسف لان القصد من الرهن الحبس للاستيفا وهو الحكم الاصلي بعقد الرهن فيكون الحكم فيه كما بعقد الرهن اذ لا يثبت الحكم بدون علته وانه باطل للشيوع كما في حالة الحياة ووجه الاستحسان ان العقد لا يراد لذاته وانما يراد لحكمه وحكمه في حالة الحياة الحبس والشايع لا يقبله وبعد الموت الاستيفا بالبيع من ثمنه والشايع يقبله فصار كما اذا ادعى رجلان نكاح امراة او ادعت اختان او خمس نسوة النكاح على رجل فان البينتين تهاترتا في حالة الحياة وقبلناها بعد الممات لان حكمها في حالة الحياة ثبوت ملك النكاح وهو لا يقبل الانقسام ولا الشركة وبعد الممات ثبوت ملك المال بالارث وهو يقبل الشركة والانقسام وجوابه والعبد في ايديهما وقع اتفاقا حتى لو لم يكن العبد في ايديهما واثبت كل واحد منهما الرهن والقبض كان الحكم كذلك ولهذا لم يذكر اليد في المسئلة الاولى

باب الرهن يوضع على يد عدل

قال رحمه الله وضعا الرهن على يد عدل صح وقال زفر وابن ابي ليلى لا يصح لان يد العدل يد المالك ولهذا يرجع العدل عليه اذا استحق الرهن [illegible] وبعد ما ضمن العدل قيمته ما ضمن للمستحق فانعدم القبض ولنا ان يده يد المالك في حق العين امانة [illegible] المالية يد المرتهن لان يده يد ضمان والمضمون هو المالية فنزل منزلة شخصين ليتحقق ما قصداه لان [illegible] فصارت يده كيدهما ولهذا لا يكون لاحدهما ان [illegible] على الخصوص ولو كانت يده يد احدهما على الخصوص لان [illegible] في حكم يدين الا ترى ان الساعي يده جعلت كيد الفقير وكيد صاحب المال حتى اذا هلكت الزكاة في يده

اليد الواحدة في حكم يدين

اخراته ولو قدم الزكوة قبل الحول فانتقص المال وتم الحول على الناقص ثم النصاب عما في يد الساعي كانت في يد المالك فيجب عليه الزكاة ولا يملك استرداده ولو لم تجعل يده كيد الفقير لملك استرداده وانما يرجع العدل على المالك بما ضمن للمستحق لان هذا الضمان ضمان الغصب وذلك يتحقق بالنقل والتحويل ووجد ذلك من العدل والراهن ولم يوجد من المرتهن فلا يجب عليه شي بخلاف ما اذا اتفق البايع والمشتري على وضع المبيع في يد عدل حيث تكون يده يد البايع فحسب لان في جعله نايبا عن المشتري تغيير موجب العقد فان موجب العقد ان تكون يد البايع على المبيع يد نفسه في حق العين والمالية جميعا لانه ليس بنايب عن المشتري بوجه ما ومتى قبض المشتري كانت يده يد نفسه ولا يكون يد البايع بوجه ما بل هي يد المشتري في حق العين والمالية فاذا كان في جعله نايبا عنهما تغيير حكم البيع اعتبر نايبا عن البايع لان اليد كانت له في الاصل ولا كذلك الرهن لان عينه امانة في يده بل في يد المرتهن ايضا والمالية هي المضمونة وهي حق المرتهن فامكن ان يقوم شخص واحد مقامهما لاختلاف حقهما فيه وعدم تغير موجبه قال رحمه الله ولا ياخذه احدهما منه اي من يد العدل لانه تعلق به حقهما لان حق الراهن تعلق في الحفظ بيده وامانته وحق المرتهن في الاستيفا فلا يملك كل واحد منهما ابطال حق الاخر قال رحمه الله ويهلك في ضمان المرتهن لان يده في حق المالية يد المرتهن والمالية هي المضمونة ولو دفع العدل الرهن الى احدهما ضمن لانه مودع الراهن في حق العين ومودع المرتهن في حق المالية وكل منهما اجنبي عن الاخر والمودع يضمن بالدفع الى الاجنبي واذا ضمن العدل قيمة الرهن بالتعدي فيه اما باتلافه او بدفعه الى احدهما او تلفه المدفوع اليه لا يقدر العدل ان يجعل القيمة رهنا في يده لان القيمة واجبة فلو جعلها رهنا في يده يصير قاضيا ومقتضيا وبينهما تناف ولكن ياخذانها منه ويجعلانها رهنا عنده او عند غيره او يرفع احدهما الامر الى القاضي ليفعل ذلك فاذا جعلت القيمة رهنا برايهما او براي القاضي عند العدل الاول او عند غيره ثم قضى الراهن الدين فان كان العدل ضمن القيمة بالدفع الى الراهن فالقيمة سالمة للعدل ياخذها ممن هي عنده ان كانت عند غيره او عنده لوصول المرهون الى الراهن بالتسليم الاول اليه ووصول الدين الى المرتهن بدفع الراهن اليه ولا يلزم منه اجتماع البدل والمبدل في ملك واحد ولو اخذه الراهن لاجتمعا في ملك واحد وان كان العدل ضمن الرهن بالدفع الى المرتهن فالراهن ياخذ القيمة من العدل ان كانت عنده او من غيره ان كانت عند غيره لان العين لو كانت قايمة اخذها ممن هي في يده اذا ادى الدين فكذلك ياخذ ما قام مقامها ولا جمع فيه بين البدل والمبدل في ملك واحد ثم هل للعدل ان يرجع على المرتهن بذلك ينظر ان كان دفعه اليه على وجه العارية او على وجه الوديعة وهلك في يد المرتهن لا يرجع وان استهلكه المرتهن يرجع عليه لان العدل باداء الضمان ملك العين المرهونة وتبين انه اعار او اودع ملك نفسه فلا يضمن المستعير ولا المودع الا بالتعدي وكذا اذا دفعه اليه بحقه بان قال له خذه بحقك او احبسه بدينك لانه دفع اليه على وجه الضمان قال رحمه الله فان وكل المرتهن او العدل او غيرهما ببيعه عند حلول الدين صح لان الرهن ملكه فله ان يوكل من شاء من الاهل ببيع ماله معلقا [illegible] لان الوكالة يجوز تعليقها بالشرط لكونها من الاسقاطات لان المانع من التصرف حق المالك وبالتسليط اسقط حقه والاسقاطات يجوز تعليقها بالشرط ولو امر ببيعه صغيرا لا يعقل فباعه بعد ما بلغ [illegible] عند ابي حنيفة وقالا لا يصح لقدرته عليه وقت الامتثال هو يقول ان امره وقع باطلا والعدم [illegible] ينقلب جايزا قال رحمه الله فان شرطت في عقد الرهن لا ينعزل بعزله [illegible] الراهن والمرتهن [illegible] الوكالة المشروطة في عقد الرهن صارت وصفا من اوصافه وحقا من حقوقه الا ترى انها لزيادة الوثيقة فيلزم بلزوم اصله ولانه تعلق به حق المرتهن وفي العزل ابطال حقه وصار كالوكالة بالخصومة بطلب المدعي ولو وكله بالبيع مطلقا حتى ملك البيع بالنقد والنسيئة ثم نهاه عن البيع بالنسيئة

لم يعمل بغيبة لانه لازم باصله فكذا بوصفه وكذا لا ينعزل بالعزل الحكمي كموت الموكل وارتداده ولحوقه بدار الحرب لان الرهن لا يبطل بموته ولو بطل انما كان يبطل لحق الورثة وحق المرتهن مقدم عليه كما يقدم على حق الراهن بخلاف الوكالة المفردة حيث تبطل بالموت وينعزل بعزل الموكل لما عرف في موضعه وهذه الوكالة تخالف المفردة من وجوه منها فيما ذكرنا ومنها ان الوكيل هنا اذا امتنع من البيع يجبر عليه بخلاف الوكالة المفردة ومنها ان هذا يتبع الولد والارش بخلاف المفردة ومنها انه اذا باع الرهن بخلاف جنس الدين كان له ان يصرفه الى جنس الدين بخلاف المفردة ومنها ان الرهن اذا كان عبدا وقتله عبد خطأ فدفع القاتل بالجناية كان لهذا الوكيل ان يبيعه بخلاف المفردة وانما لم ينعزل بعزل المرتهن لانه لم يوكله فكان اجنبيا عنه بالنسبة الى الوكالة وهو اذا عزله الموكل لا ينعزل فبعزل غيره اولى ان لا ينعزل **قال رحمه الله** والوكيل يبيعه بغيبة ورثة الراهن كما كان له حال حياته ان يبيعه بغير حضرته **قال رحمه الله** وتبطل بموت الوكيل حتى لا يقوم وارثه ولا وصيه مقامه لان الوكالة لا يجري فيها الارث ولان الموكل رضي برايه لا براي غيره وعن ابي يوسف رحمه الله انه اذا اوصى الوكيل عليك بيعه لان الوكالة لازمة هنا فيملك الوصي كالمضارب اذا مات والمال عروض يملك وصي المضارب بيعها لما انه لازم بعد ما صار عروضا قلنا الوكالة حق على الوكيل فلا يورث عنه لان الارث يجري في حق له لا في حق عليه وجوب العمل يبطلها بخلاف المضاربة لانها حق المضارب فيورث عنه فيقوم الورثة مقامه فيه ولان المضارب ولاية التوكيل في حياته فجاز ان يقوم وصيه مقامه بعد وفاته كالاب في مال الصغير والوكيل ليس له حق التوكيل في حياته فلا يقوم غيره مقامه بعد موته ولو اوصى الى رجل يبيعه لم يصح الا اذا كان مشروطا له في الوكالة فيصح لانه لازم بوصفه **قال رحمه الله** ولا يبيعه المرتهن او الراهن الا برضى الآخر لان كل واحد منهما له حق فيه اما الراهن فملكه فلا بد من رضاه واما المرتهن فلانه احق بماليته من الراهن فلا يقدر الراهن على تسليمه بالبيع **قال رحمه الله** فان حل الاجل وغاب الراهن اجبر الوكيل على بيعه كالوكيل بالخصومة من جهة المطلوب اذا غاب موكله اجبر عليها لان الوكالة بالشرط في عقد الرهن صارت وصفا من اوصاف الرهن فلزمت كلزومه ولان حق المرتهن تعلق بالبيع وفي الامتناع ابطال حقه فيجبر عليه كما في التوكيل بالخصومة اذا غاب موكله والجامع بينهما ان في الامتناع فيهما ابطال حقهما بخلاف الوكيل بالبيع لان الموكل يبيعه بنفسه فلا يبطل حقه اما المدعي فلا يقدر على الدعوى على الغايب والمرتهن لا يملك البيع بنفسه وكيفية الاجبار ان يحبسه القاضي اياما ليبيع فان لج بعد الحبس اياما فالقاضي يبيعه عليه وهذا على اصلهما ظاهر واما على اصل ابي حنيفة رحمه الله فكذلك عند البعض لانه تعين جهة لقضاء الدين هنا ولان بيع الرهن صار مستحقا للمرتهن بخلاف ساير المواضع وقيل لا يبيع القاضي عنده كما لا يبيع مال المدين عنده لقضاء الدين ثم اذا اجبر على البيع وباع لا يفسد هذا البيع بهذا الاجبار لان الاجبار وقع على قضاء الدين باي طريق شاء حتى لو قضاه بغيره صح وانما البيع طريق من طرقه ولانه اجبار بحق ومثله لا يكون مكرها فلا يفسد اختياره ولو لم يكن التوكيل مشروطا في عقد الرهن وانما شرطاه بعده قيل لا يجبر لان التوكيل لم يكن من اوصاف الرهن فكانت مفردة كساير الوكالات وقيل يجبر كيلا يتوى حقه وهذا اصح ان الجواب في الفصلين واحد في انه يجبر على البيع نصا وذكر محمد في الجامع الصغير وفي الاصل الاجبار مطلقا من غير تفصيل بين ان تكون الوكالة مشروطة في عقد الرهن او لم تكن مشروطة فيه يدل على ذلك ولو باع العدل خرج من ان يكون رهنا والثمن قائم مقامه فيكون رهنا مكانه وان لم يقبضه بعد لقيامه مقام ما كان مقبوضا بجهة الرهن واذا توى كان من مال المرتهن لبقاء عقد الرهن في الثمن لقيامه مقام المبيع

حق المرتهن مقدم على حق الورثة

الوصي

لا يقوم غيره مقامه من الورثة ... الوكالة

المرهون وكذلك اذا قتل العبد الرهن وغرم القاتل قيمته لان المالك يستحقه من حيث المالية وان كان بدل الدم فاخذ حكم ضمان المال في حق المستحق فبقي عقد الرهن فيه وكذلك لو قتله عبد فدفع به لانه قايم مقام الاول لحما ودما فيكون رهنا مكانه **قال رحمه الله** وان باعه العدل واوفى مرتهنه ثمنه فاستحق الرهن وضمن فالعدل يضمن الراهن قيمته او المرتهن ثمنه وكشف هذا ان المبيع المرهون اذا استحق اما ان يكون هالكا او قايما ففي الوجه الاول المستحق بالخيار ان شاء ضمن الراهن لانه غاصب في حقه بالاخذ والتسليم وان شاء ضمن العدل لانه متعد مثله بالبيع والتسليم فصار غاصبا بذلك فان ضمن الراهن نفذ البيع وصح الاقتضاء لان الراهن يملك باداء الضمان مستندا الى وقت الغصب فتبين انه امره ببيع ملك نفسه وان ضمن المستحق العدل وهو البايع نفذ البيع ايضا لان العدل ملكه باداء الضمان ثم هو بالخيار ان شاء رجع على الراهن بالقيمة لانه وكيل من جهته عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة بالغرور من جهته ونفذ البيع لان الراهن لما كان قرار الضمان عليه وضمنه ملكه باداء الضمان فتبين انه امره ببيع ملكه فصح اقتضاء المرتهن فلا يرجع على الراهن بدينه وان شاء العدل رجع على المرتهن بالثمن لانه تبين ان الثمن اخذه بغير حق لان العدل ملك العبد باداء الضمان واستقر ملكه فيه ولم ينتقل الى الراهن على تقدير ان لا يرجع على الراهن بما ضمن ونفذ بيعه عليه لانه المباشر فصار الثمن له لانه بدل ملكه وانما اداه الى المرتهن على حسبان ان المبيع ملك الراهن فاذا تبين انه ملكه لم يكن راضيا به فله ان يرجع به عليه وفي الوجه الثاني وهو ما اذا كان قايما في يد المشتري فللمستحق ان ياخذه من يده لانه وجد عين ماله ثم للمشتري ان يرجع على العدل بالثمن لانه العاقد فيتعلق به حقوق العقد وهذا من حقوقه حيث وجب بالبيع وانما دفعه المشتري اليه ليسلم له المبيع ولم يسلم ثم اذا ضمن العدل الثمن للمشتري كان بالخيار ان شاء رجع على الراهن بالقيمة لانه هو الذي ادخله في هذه العهدة فيجب عليه تخليصه واذا رجع عليه صح قبض المرتهن وسلم له المقبوض وبرئ الراهن عن الدين وان شاء العدل رجع على المرتهن لان البيع انتقض بالاستحقاق فبطل الثمن وقد قبضه ثمنا فيجب عليه رده ونقض قبضه ضرورة فاذا دفعه الى العدل عاد حقه في الدين على الراهن كما كان فيرجع به عليه ولو ان المشتري سلم الثمن بنفسه الى المرتهن لم يرجع على العدل به لان العدل في البيع عامل للراهن وانما يرجع عليه اذا قبض ولم يقبض منه شيا فبقي ضمان الثمن على المرتهن والدين على الراهن على حاله ولو كان التوكيل بعد عقد الرهن غير مشروط في العقد فما لحق العدل من العهدة يرجع به على الراهن قبض المرتهن الثمن او لم يقبض لانه لم يتعلق بهذا التوكيل حق المرتهن فلا يرجع عليه كما في الوكالة المفردة عن الرهن اذا باع الوكيل ودفع الثمن الى من امره الموكل ثم لحقه عهدة لا يرجع على المقتضي بخلاف الوكالة المشروطة في العقد لانها تعلق بها حق المرتهن فيكون البيع لحقه هكذا ذكره الكرخي وهذا ابو حنيفة قول من لا يرى جبر هذا الوكيل على البيع وشمس الايمة السرخسي هو ظاهر الرواية لان رضاء المرتهن بالرهن بدون التوكيل قد تم فكان التوكيل ... ضمن عقد الرهن فكان منفصلا عنه ضرورة الا ان فخر الاسلام وشيخ الاسلام قالا قول من يرى جبر هذا الوكيل اصح لاطلاق محمد رحمه الله في الجامع الصغير والاصل على ما بيناه فتكون الوكالة غير المشروطة في العقد كالمشروطة فيه في جميع ما ذكرنا من الاحكام هناك **قال رحمه الله** وان مات الرهن عند المرتهن فاستحق وضمن الراهن قيمته مات بالدين وان ضمن المرتهن رجع على الراهن بالقيمة وبدينه والاصل فيه ان العبد المرهون اذا هلك في يد المرتهن ثم استحقه رجل فالمستحق بالخيار ان شاء ضمن الراهن وان شاء ضمن المرتهن لان كل واحد منهما متعد في حقه الراهن بالاخذ والتسليم والمرتهن بالقبض والتسليم فان ضمن الراهن صار المرتهن مستوفيا لدينه بهلاك الرهن عنده لان الراهن ملكه باداء الضمان

اي استيفاء المرتهن بدينه بطل الرهن

اي بالثمن على المرتهن فاذا رجع بطل الاقتضاء فيرجع المرتهن على الراهن بدينه ...

وص
اذا كان التوكيل ... عقد الرهن ... في العقد

وص
اذا هلك في يد الراهن ... واستحقه رجل

مستندا الى ما قبل التسليم فتبين انه رهن ملك نفسه ثم صار المرتهن مستوفيا بهلاكه وان ضمن المرتهن
يرجع بما ضمن من القيمة وبدينه على الراهن اما بالقيمة فلانه مغرور من جهة الراهن واما بالدين فلانه
انتقض قضاؤه فعاد حقه كما كان فان قيل لما كان قرار الضمان على الراهن برجوع المرتهن عليه والملك
فى المضمون يثبت لمن عليه قرار الضمان فتبين انه رهن ملك نفسه فصار كما اذا ضمن المستحق الراهن
ابتداء قلنا هذا طعن ابى حازم القاضى رحمه الله تعالى والجواب عنه ان المرتهن يرجع على الراهن بسبب الغرور
والغرور حصل بالتسليم الى المرتهن فيملك الراهن العين من ذلك الوقت وعقد الرهن كان سابقا عليه فلم يتبين
انه رهن ملك نفسه بل ملك غيره فلا يكون المرتهن مستوفيا بهلاك العين ولان الراهن يملك الرهن بالتلقى من المرتهن
لان المرتهن اولا يملكه باداء الضمان ثم ينتقل الى الراهن كما فى الوكيل بالشراء كان المرتهن اشتراه من المستحق ثم
باعه من الراهن وانما كان كذلك لان المرتهن غاصب فى حق المستحق فاذا ضمن ملك المضمون ضرورة كيلا يجتمع
البدلان فى ملك واحد ولكن لما كان قرار الضمان على الراهن ينتقل اليه من جهته والمرتهن متعد بالقبض لانه
به صار غاصبا فيستند ملكه اليه ثم الراهن يتلقاه منه فيكون يملكه بعده وعقد الرهن سابق عليه فتبين
انه رهن ملك غيره فلا يكون المرتهن مستوفيا بالهلاك بخلاف المسئلة الاولى وهى ما اذا ضمن المستحق
الراهن ابتداء لانه يضمنه باعتبار القبض السابق على الرهن فيستند الملك اليه فتبين انه رهن ملك
نفسه فيكون المرتهن مستوفيا بهلاكه

باب التصرف فى الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره

قال رحمه الله ويوقف بيع الراهن على اجازة مرتهنه او قضاء دينه وعن ابى يوسف انه ينفذ لانه تصرف فى ملكه فصار
كالاعتاق والصحيح ظاهر الرواية لان الرهن تعلق به حق المرتهن وفى البيع ابطال حقه فلا ينفذ الا باجازته
او بقضاء الراهن دينه لزوال المانع وهو تعلق حق المرتهن به وعدم القدرة على تسليمه وكونه
متصرفا فى ملكه لا يمنع التوقف لحق غيره كمن باع ماله لوارثه او اوصى لاجنبى او لغيره باكثر من الثلث
والقياس على الاعتاق غير جائز لانه لا يقبل الرد والفسخ فكذا التوقف فاذا نفذ البيع باجازة المرتهن
انتقل حقه الى الثمن فيكون محبوسا بالدين وعن ابى يوسف ان المرتهن ان شرط ان يكون الثمن رهنا
عند الاجازة كان رهنا والا فلا لانه بالاجازة نفذ البيع وملك الراهن الثمن وانه مال اخر ملكه بسبب
جديد فلا يصير رهنا الا بالشرط كما اذا اجره الراهن فاجاز المرتهن الاجارة لا تصير الاجرة رهنا
الا بالشرط وجه ظاهر الرواية وهو الصحيح ان الثمن قايم مقام ما تعلق به حقه وهو بدل ما تعلق
به حقه ومحل حقه لان حقه متعلق بالمالية والبدل حكم المبدل فوجب انتقال حقه اليه كالعبد
المديون اذا بيع برضا الغرماء ينتقل حقهم الى البدل من غير شرط لما ذكرنا ولا يسقط حقهم بالكلية
لعدم رضاهم بذلك ظاهرا والرضى بالبيع لا يدل على الرضى بسقوط الحق راسا فيبقى الحق على حاله
بخلاف ما ذكر فى الاجرة فان الاجرة ليست ببدل حقه لان حقه فى العين وهى بدل المنفعة فلا ينتقل
حقه اليها وبخلاف ما اذا باع المالك العين المستاجرة فاجاز المستاجر البيع حيث لا ينتقل حقه الى
الثمن لانه بدل العين وحقه فى المنفعة فافترقا وان لم يجز المرتهن البيع وفسخه انفسخ فى [illegible]
[illegible] حتى اذا افتك الراهن لا سبيل للمشترى عليه لان الحق الثابت للمرتهن [illegible]
[illegible] فله ان يجيز وله ان يفسخ وفى اصح الروايتين لا ينفسخ بفسخه وفى المختصر اشارة اليه حيث قال
يوقف على اجازة مرتهنه او قضاء دينه جعل الاجازة اليه دون الفسخ وجعله متوقفا على قضاء
الدين وهذا دليل على ان فسخه لا ينفذ وذلك لان الامتناع لحقه كيلا يتضرر والتوقف لا يضره
لان حقه فى الحبس لا يبطل بمجرد الانعقاد من غير نفوذ فبقى موقوفا فان شاء المشترى صبر
حتى يفتك الراهن الرهن اذ العجز على شرف الزوال وان شاء رفع الامر الى القاضى وللقاضى ان يفسخ العقد

لفوات القدرة على التسليم لان ولاية الفسخ اليه لا الى المشترى والبايع وهو الراهن وصار كالعبد المبيع
اذا ابق قبل القبض فان المشترى بالخيار ان شاء صبر حتى يرجع وان شاء رفع الامر الى القاضى والاجارة مثل
الرهن حتى لا ينفذ بيع الموجر ولو باعه الراهن من رجل ثم باعه من اخر قبل ان يجيز المرتهن فالثانى
موقوف ايضا على اجازته لان الاول لم ينفذ والموقوف لا يمنع توقف الثانى فايهما اجاز لزم ذلك
وبطل الاخر ولو باعه الراهن ثم اجره او رهنه او وهبه من غيره فاجاز المرتهن الاجارة او الرهن
او الهبة جاز البيع الاول دون هذه العقود والفرق ان المرتهن له منفعة فى البيع لان حقه يتحول
الى الثمن على ما بينا وقد يكون احد البيعين انفع من الاخر فيعتبر تعيينه لتعلق الفايدة به اما هذه
العقود فلا منفعة له فيها لان حقه لا ينتقل الى الاجرة على التعاقب لما بينا ولا بدل له فى الرهن ولا فى
الهبة فكانت اجازته اسقاطا لحقه فزال المانع فنفذ البيع كما لو باع الموجر العين المستاجرة من اثنين
على التعاقب فاجاز المستاجر البيع الثانى نفذ الاول لانه لا نفع له فى البيع اذ لا ينتقل حقه الى البدل على
ما بينا فكانت اجازته اسقاطا لحقه فنفذ الاول لزوال المانع قال رحمه الله ونفذ عتقه اى نفذ
اعتاق الراهن وهو احد اقوال الشافعى وفى قول له لا ينفذ اذا كان المعتق معسرا وفى قول اخر له لا ينفذ
اعتاقه سواء كان المعتق موسرا او معسرا لان فى تنفيذه ابطال حق المرتهن فكان مردودا كالبيع بل اولى
لان البيع اسرع نفاذا من العتق حتى ينفذ من المكاتب دون الاعتاق فكان اولى بالامتناع بخلاف العبد
المستاجر لان الاجارة تنتهى مدتها اذ الحر يقبلها ولا يقبل الرهن وبخلاف ما اذا كان المعتق موسرا على
تلك الرواية لانه لا يبطل حقه فى التضمين ولنا ان العتق صدر من اهله مضافا الى محله وهو ملكه
وجب القول بنفاذه ولا يلغو التصرف بعدم اذن المرتهن كما اذا اعتق المبيع قبل القبض او الابق
او المغصوب ثم اذا زال ملك الراهن فى الرقبة باعتاقه يزول ملك اليد للمرتهن بناء عليه كاعتاق
العبد المشترك بل اولى لان ملك الرقبة اقوى من ملك اليد فاذا لم يمتنع الاعلى فالادنى اولى ان لا يمتنع
ولا يصح القياس على البيع لان امتناعه لعدم القدرة على التسليم وهو ليس بشرط فى العتق ولان القياس
لتعدية حكم الاصل الى الفرع دون تغييره وحكم الاصل هنا توقف ما يحتمل الرد قبل تمامه ويحتمل الفسخ
بعد تمامه وهو فى الفرع يبطل اصلا ما لم يحتمل الفسخ والرد فيفسد القياس ولا يلزمنا اعتاق الوارث
العبد الموصى برقبته اذا لم يكن له مال اخر مع انه اعتق ملكه لانا نقول يعتق عند ابى يوسف ومحمد فى الحال
وعند ابى حنيفة رحمه الله يتوقف الى اداء السعاية على ما عرف فى اعتاق العبد المشترك فلم يكن اعتاقه لغوا
وهو هنا جعله لغوا ولا يقال المرهون كالخارج عن ملك الراهن بدليل ان المولى اذا اتلفه يجب عليه ضمانه
فكذا لا ينفذ عتقه كانه خرج عن ملكه لانا نقول وجوب الضمان عليه لا باعتبار انه كالخارج عن
ملكه بل باعتبار انه اتلف المالية المشغولة بحق المرتهن كالمولى يتلف عبده الماذون له المديون فانه
يضمن قيمته للغرماء مع بقاء ملكه فيه من كل وجه ولهذا تنفذ تصرفاته فيه ونفاذ البيع من المكاتب
باعتبار انه مندوب الى التجارة كالعبد الماذون له لا لانه مالك وعدم نفاذ عتقه لعدم الملك
قال رحمه الله وطولب بدينه لو حالا اى اذا كان الدين حالا طولب الراهن بعد العتق بالدين معناه
اذا [illegible] لو طولب بالرهن كان له ان ياخذه بدينه اذا كان من جنس حقه ويكون [illegible]
[illegible] قال رحمه الله ولو موجلا اخذ منه قيمة العبد وجعل رهنا مكانه اى لو كان الدين موجلا
يوخذ من المعتق قيمة العبد ويجعل رهنا مكان العبد يعنى اذا كان موسرا لان سبب الضمان قد تحقق
منه وفى التضمين فايدة وهى حصول الاستيثاق من الوجه الذى بيناه ويحبسها الى حلول الاجل
فاذا حل اقتضاه بحقه اذا كان من جنسه لان الغريم له ان يستوفى حقه من مال غريمه اذا ظفر بجنس حقه

مطلب البيع اسرع نفاذا من العتق

وان كان فيه فضل يرده لانتهاء حكم الرهن بالاستيفاء وان كان اقل من حقه رجع عليه بالزيادة لعدم ما
يسقطه قال رحمه ولو معسرا يسعى العبد في الاقل من قيمته ومن الدين لان حق المرتهن كان متعلقا به وحلت
له رقبته فاذا تعذر الرجوع على المعتق لعسرته رجع عليه لانه هو المنتفع بهذا العتق كما في عتق احد
الشريكين العبد المشترك اذ الضمان بالخراج والغرم بالغنم ثم يقضي بالسعاية الدين ان كان من جنس
حقه وكان الدين حالا وان لم يكن من جنس حقه صرف بجنسه ويقضي به الدين وان كان الدين موجلا كانت
السعاية رهنا عنده فاذا حل الدين قضى به الدين على نحو ما ذكرنا في الحال وكيفية ذلك ان ينظر الى قيمة
العبد يوم العتق والى قيمته يوم الرهن والى الدين فيستسعى في الاقل منها قال رحمه ويرجع به على سيده
اي يرجع العبد بالسعاية على مولاه اذا ايسر لانه قضى وهو مضطر فيه بحكم الشرع فلم يكن متبرعا فيرجع
عليه بما تحمل عنه فصار كمعير الرهن بخلاف المستسعى في الاعتاق لانه يودي ضمانا واجبا عليه لانه يسعى
لتحصيل العتق عند ابي حنيفة رحمه ولتكميله عندهما وهنا يسعى لضمان على غيره بعد تمام اعتاقه فافترقا
ولان حق المرتهن في استيفاء الدين من الرقبة كان ثابتا فاذا حصلت الرقبة للعبد ولم يقدر على اخذ
بدلها من الراهن ضمنها العبد كالمريض اذا اعتق عبده في مرضه وعليه دين ولا مال له غيره يسعى العبد
في قيمته كذا ههنا ثم ابو حنيفة رحمه اوجب السعاية في المستسعى المشترك في حالتي اليسار والاعسار وفي
العبد المرهون شرط الاعسار لان الثابت للمرتهن حق الملك والثابت للشريك حقيقة الملك وحق الملك
ادنى من حقيقة الملك فوجبت السعاية فيه في حالة واحدة وهي حالة الضرورة وفي الاعلى في الحالتين اظهارا
للتفاوت بينهما بخلاف المبيع اذا اعتقه المشتري قبل القبض حيث لا يسعى للبائع في ظاهر الرواية وفي المرهون
يسعى لان حق البائع في الحبس ضعيف لان البائع لا يملكه في الاخرة ولا يستوفي من عينه وكذا يبطل
حقه في الحبس بالاعارة من المشتري والمرتهن ينقلب حقه ملكا ولا يبطل حقه بالاعارة من الراهن حيث
يتمكن من الاسترداد فلو اوجبنا السعاية فيهما لسوينا بين الحقين مع وجود الفارق وذلك لا يجوز
ولو اقر المولى برهن عبده بان قال له رهنتك عند فلان وكذبه العبد تجب السعاية عندنا خلافا
لزفر هو يعتبره باقراره بعد العتق ونحن نقول اقر بتعلق الحق في حالة علك التعليق فيه باداء السعاية
لقيام ملكه فيصح بخلاف ما بعد العتق لانه حال انقطاع الولاية ولو دبره الراهن صح بالاتفاق اما
عندنا فظاهر وكذا عنده لان التدبير لا يمنع ما هو حكم الرهن عنده وهو البيع وكذا لو استولدها
صح الاستيلاد بالاتفاق لان الاستيلاد يثبت بثبوت حق التملك كما في جارية الابن اذا استولدها
الاب وبحقيقة الملك اولى ثم اذا صحا خرجا عن الرهن لبطلان المحلية اذ لا يصح استيفاء الدين منهما
ثم ان كان الراهن موسرا ضمن قيمتهما على التفصيل الذي ذكرنا في الاعتاق وان كان معسرا استسعاهما المرتهن
في جميع الدين لان كسبهما مال المولى بخلاف المعتق حيث يسعى في الاقل من الدين ومن القيمة لان كسبه
حق نفسه ولم يحتبس عنده الا قدر القيمة فلا يزاد عليه وحق المرتهن بقدر الدين فلا تلزمه الزيادة
ولا يرجعان على المولى بما اداياه بعد يساره لانهما اداياه من ملك المولى والمعتق يرجع لانه
ملك نفسه وهو مضطر فيه على ما مر وقيل اذا كان موجلا يسعيان في قيمتهما قيل الى ... الرهن
حتى لحابس ... فيتقدر بقدر المعوض الا ترى ان الراهن بنفسه اذا كان موسرا لا يلزمه فيما اذا كان
موجلا اكثر من قيمته بخلاف ما اذا كان حالا لانه يقضي به الدين لان كسبهما ملك المولى ويتقدر على
اداء الدين بكسبهما ولو كان قادرا على ادائه كان الحر ... نعنه فكذا اذا قدر بكسبهما ولو
اعتقهما الراهن لم يسعيا الا بقدر القيمة سواء اعتقهما بعد الثناء عليهما او قبله لان كسبهما بعد
العتق ملكهما وما اداياه قبل العتق لا يرجعان به على المولى ولو اقر على عبده بدين الاستهلاك وهو ينكر

سعى في قيمته مذ عتق لانه لا ولاية له على ماليته فيصح بقدر المالية ولو قتله عبد قيمته مائة درهم
ودفع به ثم اعتقه سعى في مائة لقيامه مقام الاول قال رحمه واتلاف الراهن كاعتاقه اي اذا اتلف
الراهن الرهن فهو كما لو اعتقه حتى يجب عليه ضمان قيمته لانه حق محترم مضمون عليه بالاتلاف ثم
الضمان يكون رهنا في يد المرتهن لقيامه مقام العين قال رحمه وان اتلفه اجنبي فالمرتهن يضمنه قيمته
وتكون رهنا عنده اي المرتهن هو الخصم في تضمينه قيمته ثم تكون القيمة رهنا عنده لانه احق بعين الرهن
حال قيامه فكذا في استرداد ما قام مقامه والواجب على هذا المستهلك قيمته يوم هلك باستهلاكه
بخلاف ضمانه على المرتهن فانه يعتبر قيمته يوم القبض حتى لو كانت قيمته يوم الاستهلاك خمسمائة ويوم
الارتهان الفا غرم خمسمائة وكانت رهنا وسقط من الدين خمسمائة لان المعتبر في ضمان الرهن يوم قبضه
لانه به دخل في ضمانه لانه قبض استيفاء الا انه يتقرر عند الهلاك ولو استهلكه المرتهن والدين موجل
ضمن قيمته لانه اتلف مال الغير وكانت رهنا في يده حتى يحل الاجل لان الضمان بدل العين فاخذ حكمه ولو
حل الدين والمضمون من جنس حقه استوفى المرتهن منه دينه ورد الفضل على الراهن ان كان فيه فضل
وان كان دينه اكثر من قيمته رجع بالفضل وان نقصت القيمة بتراجع السعر الى خمسمائة وقد كانت قيمته
يوم القبض الفا وجب بالاستهلاك خمسمائة وسقط من الدين خمسمائة لان ما انتقص كالهالك وسقط
الدين بقدره وتعتبر قيمته يوم القبض فهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر ولو وجب عليه الباقي
بالاتلاف وهو قيمته يوم اتلف كذا ذكره صاحب الهداية وغيره وهو مشكل فان النقصان بتراجع السعر
اذا لم يكن مضمونا عليه ولا معتبرا فكيف يسقط من الدين خمسمائة سوى ما ضمن بالاتلاف وكيف يكون
ما انتقص به كالهالك حتى يسقط الدين بقدره وهو لم ينتقص الا بتراجع السعر وهو لا يعتبر فوجب ان لا
يسقط عقابلته شيء من الدين قال رحمه وخرج من ضمانه باعارته من راهنه اي باعارة المرتهن الرهن
من الراهن يخرج من ضمان المرتهن لان الضمان كان باعتبار قبضه وقد انتقض بالرد الى صاحبه فارتفع
الضمان لارتفاع المقتضي له ولا يكون مضمونا على صاحبه لان الاسترداد باذنه قال رحمه فلو هلك
في يد الراهن هلك مجانا لارتفاع القبض الموجب للضمان على ما بينا قال رحمه وبرجوعه عاد ضمانه اي
برجوع الرهن الى يد المرتهن عاد الضمان حتى يذهب الدين بهلاكه لعود القبض الموجب للضمان وللمرتهن
ان يسترده الى يده لان عقد الرهن باق الا في حكم الضمان في تلك الحالة ولهذا لو مات الراهن قبل ان يسترده
كان احق به من بين سائر غرمائه لان يد العارية ليست بلازمة والضمان ليس من لوازم الرهن لانه
قد ينفك عنه الا ترى ان ولد الرهن رهن وليس بمضمون قال رحمه ولو اعاره احدهما اجنبيا باذن الاخر
سقط الضمان لما بينا قال رحمه ولكل ان يرده رهنا لان لكل واحد منهما في حقا محترما اذ هو باق على
الرهنية لبقاء عقد الرهن على ما بينا بخلاف الاجارة والبيع والهبة من المرتهن او من اجنبي اذا باشرها
احدهما باذن الاخر حيث يخرج عن الرهن ثم لا يعود الا بعقد مبتدا حتى لو مات الراهن قبل ان يرهنه ثانيا
كان المرتهن اسوة الغرماء لان الرهن تعلق به حق محترم لازم بهذه التصرفات فيبطل به حكم الرهن
ولا كذلك العارية لانها لم يتعلق بها حق لازم والايداع من احدهما كاجارته وهبته من الراهن كالاعارة
لان هذه العقود لا تلزم في حقه لان ملكه باق فيه فتبطل به هذه العقود ولو اذن الراهن للمرتهن
بالاستعمال او اعاره للعمل فهلك قبل ان ياخذ في العمل هلك بالدين لبقاء عقد الرهن واليد والضمان
وكذا اذا هلك بعد الفراغ من العمل لارتفاع يد الامانة بالفراغ ولو هلك في حالة العمل هلك امانة
لثبوت يد العارية بالاستعمال وهي خالفة ليد الرهن فانتفى الضمان ولو اختلفا في وقت الهلاك فادعى
المرتهن انه هلك حالة العمل وادعى الراهن انه هلك في غير حالة العمل كان القول قول المرتهن لانه ينكر

والبينة بينة الراهن لانه مطلع قال رحمه وان استعار ثوبا ليرهنه صح لانه متبرع باثبات ملك اليد
فيعتبر بالتبرع باثبات ملك العين واليد وهو قضاء الدين بماله ويجوز ان ينفصل ملك اليد عن ملك
العين ثبوتا للمرتهن كما ينفصل في حق البايع زوالا لان البيع يزيل الملك دون اليد ثم يكون رهنا بما
رهنه به قليلا او كثيرا اذا اطلق ولم يقيده بشيء لان الاطلاق يجب اعتباره خصوصا في العارية لان
الجهالة فيها غير مفضية الى المنازعة قال رحمه ولو عين قدرا او جنسا او بلدا فخالف ضمن المعير
المستعير او المرتهن اي لو عين المعير قدر ما يرهنه به او جنسه او البلد الذي يرهنه فيه فخالف كان
للمعير الخيار ان شاء ضمن المستعير قيمته وان شاء ضمن المرتهن لان كل واحد منهما متعد في حقه فصار
الراهن كالغاصب والمرتهن كغاصب الغاصب وانما كان كذلك لان التقييد يفيد وهو ينفي الزيادة لان
غرضه الاحتباس بما تيسر اداؤه وينفي النقصان ايضا لان غرضه ان يصير مستوفيا للاكثر عقابلته
عند الهلاك ليرجع عليه بالكثير والنقصان يمنع من ذلك فيكون متعديا فيضمن الا اذا عين له اكثر من قيمته
فرهنه باقل من ذلك بمثل قيمته او اكثر فانه لا يضمن لانه خلاف الى خير لان غرضه من الرجوع عليه بالكثير
حاصل بذلك مع تيسر ادائه لانه لا يرجع الا بقدر القيمة لان الاستيفاء لم يقع الا به فتعيينه اكثر
من قيمته غير مفيد في حقه بل فيه ضرر عليه لتعسر ادائه وكذلك التقييد بالجنس والشخص والبلد لان
كل ذلك مفيد لتيسر بعض الاجناس في التحصيل دون بعض وتفاوت الاشخاص والبلدان في الحفظ والامانة
فيضمن ثم ان ضمن المستعير تم عقد الرهن بينه وبين المرتهن لانه ملكه باداء الضمان فتبين انه
رهن ملك نفسه وان ضمن المرتهن رجع المرتهن بما ضمن وبالدين على الراهن على ما بينا في الاستحقاق
قال رحمه وان وافق فهلك عند المرتهن صار مستوفيا ووجب مثله للمعير على المستعير لان قبض الرهن
قبض استيفاء وبالهلاك يتم الاستيفاء فسقط الدين عن الراهن ويضمن للمعير قيمته لانه قضى بذلك
القدر دينه ان كان كله مضمونا وان لا يضمن قدر المضمون والباقي امانة وهذا ظاهر وكذا لو نقصت
قيمة الرهن لعيب اصابه يذهب من الدين بحسابه ويرجع المعير بذلك على الراهن لما ذكرنا قال رحمه
ولو افتكه المعير لا يمتنع المرتهن ان قضى دينه لان المعير غير متبرع بقضاء الدين لما فيه من تخليص ملكه
ولهذا يرجع على الراهن فصار اداؤه كاداء الراهن فيجبر المرتهن على القبول بخلاف ما اذا قضى الاجنبي
الدين لانه متبرع اذ لا يسعى في تخليص ملكه ولا في تفريغ ذمته فكان للطالب ان لا يقبله ثم يرجع المعير
على الراهن بما ادى لما ذكرنا انه غير متبرع بل هو مضطر فيه وذكر في النهاية انه اذا افتكه بالاكثر من قيمته
بان كان الدين المرهون به اكثر لا يرجع بالزائد على قيمته وهذا مشكل لان تخليص الرهن لا يحصل بايفاء
بعض الدين فكان مضطرا وباعتبار الاضطرار ثبت له حق الرجوع فكيف يمتنع الرجوع مع بقاء الاضطرار
وهذا لان غرضه تخليصه لينتفع به ولا يحصل ذلك الا باداء الدين كله اذ للمرتهن ان يحبسه حتى
يستوفي الكل على ما عرف في موضعه ولو هلك الرهن المستعار عند الراهن قبل ان يرهنه او بعد ما [illegible]
فلا ضمان عليه لانه لم يصر قاضيا دينه به وهو الموجب للضمان على ما بينا ولو اختلفا في [illegible]
القول قول الراهن لانه ينكر الايفاء بماله والرجوع عليه باعتبار الايفاء عنه ولا يقال [illegible]
[illegible] الضمان قد وجد بالرهن والراهن يدعي فسخه فوجب ان يكون القول [illegible]
الرهن لا يوجب الضمان وانما يوجبه الايفاء به ولهذا لا يتقدر بقدره ولو كان الرهن [illegible]
ولو اختلفا في مقدار ما امره به كان القول للمعير لانه لو انكر الاصل كان القول له فكذا في انكار [illegible]
ولو رهنه المستعير بدين موعود فهلك في يد [illegible]
الموعود لما عرف انه كالموجود ويرجع المعير على الراهن بمثله لان سلامة مالية الرهن باستيفائه

من المرتهن كسلامة براءة ذمته عنه ولو كانت العارية عبدا فاعتقه المعير جاز لقيام ملكه في الرقبة
ثم المرتهن بالخيار ان شاء رجع بالدين على الراهن لانه لم يستوفه وان شاء ضمن المعير قيمته لان حقه
قد تعلق برقبته وقد اتلفه بالاعتاق فتكون القيمة رهنا عنده الى ان يقبض دينه فيرد الى المعير
لان القيمة قائمة مقام العين فاخذت حكم العين ولو استعار عبدا او دابة ليرهنه فاستعمله قبل
ان يرهنه ثم رهنه ثم قضى المال فلم يقبضه حتى هلك عند المرتهن صار المرتهن مستوفيا الدين به
ورد على الراهن ما قبضه لحصول الاستيفاء بالرهن وضمن الراهن للمعير قدر ما صار به موفيا دينه
لانه لما رهنه ازال التعدي وقد بريت ذمته عن ضمان الغصب لانه امين خالف ثم عاد الى الوفاق
فصار حكمه حكم الرهن ولو هلك عند الراهن بعد الاسترداد لا يضمن لما ذكرنا انه عاد الى حكم الرهن
ولو استعمله بعد الاسترداد ثم تركه ثم هلك لا يضمن ايضا لما ذكرنا انه امين وحكمه حكم الوديعة
عنده لا حكم العارية لانتهاء حكم العارية بالفكاك فصارت يده يد المالك لكونه عاملا للمالك
لتحصيل مقصوده وهو الرجوع عند الهلاك بخلاف المستعير لان يده يد نفسه فاذا تعدى لا يبرأ من
الضمان حتى يوصله الى يد المالك على هذا عامة المشايخ وقال شيخ الاسلام يبرأ المستعير اذا ازال التعدي
كالوديعة واستدل عليه بمسألة المستعير للرهن وقد بينا الفرق فيه فلا يبقى حجة له على ذلك القدر
ولو مات مستعير الرهن مفلسا فالرهن باق على حاله ولا يباع الا برضى المعير لانه ملكه ولو اراد المعير
البيع وابى المرتهن عن بيعه بيع بغير رضاه اذا كان به وفاء لان حقه في الاستيفاء وقد حصل وان لم يكن
فيه وفاء لم يبع الا برضاه لان له في الحبس منفعة فلعل المعير قد يحتاج الى الرهن فيخلصه بالايفاء او تزداد
قيمته بتغير السعر فيستوفي منه حقه ولو مات المعير مفلسا وعليه دين امر الراهن بقضاء دين
نفسه ويرد الرهن ليصل كل ذي حق الى حقه وان عجز لفقره فالرهن على حاله كما لو كان المعير حيا ولورثته
اخذه ان قضوا دينه لانهم بمنزلة المورث فان طلب غرماء المعير وورثته بيعه فان كان فيه وفاء بيع
والا فلا يباع الا برضى المرتهن كما مر لما بينا ولو كان الفاضل من دين المرتهن لم يف بدين غرماء المعير
لا يباع الا برضاهم وان كان يفي بيع بغير رضاهم لوصول حقهم اليهم وكذا الحكم لو مات المعير والمستعير
قال رحمه وجناية الراهن والمرتهن على الرهن مضمونة لان حق كل واحد منهما محترم فيجب عليه ضمانه
بالاتلاف على صاحبه لان الراهن مالك وقد تعدى على المرتهن فيضمنه والمرتهن حقه لازم وتعلق
مثله بالمال فيجعل المالك كالاجنبي في حق الضمان كالعبد الموصى بخدمته اذا اتلفه الورثة ضمنوا
قيمته ليشترى بها عبد يقوم مقام الاول ولهذا يمنع المريض من التبرع باكثر من الثلث ثم المرتهن
ياخذ الضمان بدينه ان كان من جنس حقه وكان الدين حالا وان كان مؤجلا يحبسه بالدين فاذا حل
اخذه بدينه ان كان من جنس حقه والا حبسه بدينه حتى يستوفي دينه قال رحمه وجنايته عليهما او على
مالهما هدر اي جناية الرهن على الراهن والمرتهن وعلى مالهما هدر اطلق الجواب والمراد به جناية
[illegible] القصاص وان كانت توجبه فمعتبرة حتى يجب عليه القصاص اما على المرتهن فظاهر لانه اجنبي
[illegible] المولى لانه كالاجنبي عنه في حق الدم اذ لم يدخل في ملكه الا من حيث المالية الا ترى
ان اقرار المولى عليه بالجناية الموجبة للقصاص باطل واقرار العبد بنفسه [illegible]
المال على [illegible] فاذا لم يدخل في ملكه من ذلك الوجه صار اجنبيا عنه فاذا [illegible] عليه بخلاف
ما يوجب المال لان ماليته ملك المولى ومستحق المرتهن فلو وفاية في اعتبارها او تحصيل الحاصل محال
بخلاف جناية المغصوب على المغصوب منه حيث تعتبر عند ابي حنيفة رحمه الله لان المالك عند اداء الضمان
يثبت للغاصب مستندا حتى يكون الكفن عليه فكانت جنايته على غير مالكه فاعتبرت وهذا الحكم فيما اذا

ولو مات مستعير الرهن مفلسا

في الدم والمال

اي اهدار الدم

كانت جناية الرهن موجبة للدين على العبد لا دفع الرقبة بان كانت على غير الادمي بلا خلاف بين اصحابنا
لما ذكرنا وان كانت موجبة لدفع الرقبة بان كانت على الادمي في النفس خطاء او فيما دونها فكذلك
عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ان كانت جنايته على الراهن فكذلك وان كانت على المرتهن فمعتبرة لان في اعتبارها
فايدة تملك رقبة العبد والمرتهن غير مالك حقيقة فكانت جناية الرهن عليه جناية على غير المالك
غير انها سقطت لعدم الفايدة في جناية لا توجب دفع العبد لما ذكرنا وهنا افادت ملك رقبة العبد
وان كان دينه لا يسقط بذلك لانه قد يختار ملك رقبة العبد وربما يكون بقاء الدين انفع له فيختار
ايهما شاء ثم اذا اختار اخذه ووافقه الراهن على ذلك ابطل الرهن لسقوط الدين بهلاكه لان دفعه
بالجناية يوجب هلاكه على الراهن فيسقط به الدين ولهذا لو جنى على الاجنبي فدفع بها سقط الدين
وان لم يطلب بالجناية فهو رهن على حاله ولابي حنيفة رحمه الله ان هذه الجناية لو اعتبرناها للمرتهن
كان عليه التطهير من الجناية لانها حصلت في ضمانه فلا يفيد وجوب الضمان مع وجوب التخليص عليه
وهذا الاختلاف نظير الاختلاف في العبد المغصوب فان جنايته على الغاصب لا تعتبر عنده وعندهما
تعتبر وما ذكرا من الفايدة غير ظاهرة لان اخذ العبد بالجناية لا يكون الا باختيار المالك لان المجني
عليه لا يستبد باخذه وقد لا يختار هو الدفع بل هو الظاهر لعدم وجوب الفداء عليه بالمنع وفي
رواية عن ابي حنيفة رحمه الله اذا كانت قيمة الرهن اكثر من الدين ان جنايته على المرتهن معتبرة بحسابها لان الزايد
امانة فصار كجناية العبد المودع ولو جنى الرهن على ابن الراهن او ابن المرتهن فهي معتبرة وهو الصحيح حتى
يدفع بها او يفدى وان كانت على المال يباع كما اذا جنى على الاجنبي اذ هو اجنبي لتباين الاملاك قال رحمه الله
وان رهن عبدا يساوي الفا بالف مؤجل فرجعت قيمته الى ثمانماية فقتله رجل وغرم ماية وحل الدين فالمرتهن
يقبض المائة قضاء لحقه ولا يرجع على الراهن بشيء واصله ان النقصان من حيث السعر لا يوجب سقوط
الدين عندنا حتى كان له ان يطالب بجميع الدين عند زفر رحمه الله اعتبارا بالسعر خلافا لزفر هو يقول ان المالية
قد انتقصت فاشبه انتقاص العين ولنا ان نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس وذلك
غير معتبر في البيع اذا حصل في المبيع قبل القبض حتى لا يثبت للمشتري الخيار ولا في الغصب حتى لا يجب
على الغاصب ضمان ما نقص بالسعر عند رد العين المغصوبة بخلاف نقصان العين لانه بفوات جزء
منه يتقرر الاستيفاء اذ اليد يد الاستيفاء واذا لم يسقط شيء من الدين بنقصان السعر بقي مرهونا
بكل الدين فاذا قتله حر غرم قيمته يوم الاتلاف لان القيمة في ضمان الاتلاف تعتبر وقت الاتلاف لانه
الجابر بقدر الفايت واخذه المرتهن لانه بدل المالية في حق المستحق وان كان مقابلا بالدم على اصلنا
حتى لا يزاد على دية الحر لان المولى استحقه بسبب المالية وحق المرتهن متعلق بالمالية فكذا فيما
قام مقامه ثم لا يرجع على الراهن بشيء لان يد المرتهن يد استيفاء من الابتداء وبالهلاك يتقرر
وقيمته كانت في الابتداء الفا فصار مستوفيا الكل من الابتداء او نقول لا يمكن ان يجعل مستوفيا
للالف بماية لانه يؤدي الى الربوا فصار مستوفيا المائة وبقي تسعماية في العين فاذا هلك
يصير مستوفيا للتسعماية بالهلاك بخلاف ما اذا مات من غير قتل احد لانه يصير مستوفيا ... بالعبد
لانه لا يؤدي الى الربوا لاختلاف الجنس بخلاف المسئلة الاولى لانا لو جعلناه مستوفيا للالف بماية
يؤدي الى الربوا فجعلناه مستوفيا للتسعماية بالعبد الهالك وهو المقتول والماية بالماية قال رحمه الله
ولو باعه بماية بامره قبض المائة قضاء من حقه ويرجع بتسعماية اي لو باع المرتهن العبد الذي
يساوي الفا بماية بامر الراهن وكان رهنا بالف قبض المرتهن تلك المائة التي هي الثمن قضاء بحقه ويرجع
على الراهن بتسعماية لانه لما باعه باذن الراهن صار كان الراهن استرده وباعه بنفسه ولو كان

كذلك لبطل الرهن وبقي الدين الا بقدر ما استوفى فكذا هذا قال رحمه الله وان قتله عبد قيمته ماية فدفع
به افتكه بكل الدين وهو الالف وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد هو بالخيار ان شاء افتكه بجميع
الدين وان شاء سلم العبد المدفوع الى المرتهن بدينه ولا شيء عليه غيره وقال زفر يصير رهنا بماية
لان يد المرتهن يد استيفاء وقد تقرر بالهلاك الا انه اخلف بدلا بقدر العشر فيبقى الدين بقدره قلنا
ان العبد الثاني قائم مقام الاول لحما ودما ولو كان الاول قائما وانتقص بالسعر لا يسقط الدين فكذا هذا وهو على الخلاف
ولمحمد ان المرهون تغير في ضمان المرتهن فيخير الراهن كالمبيع والمغصوب اذا كانت قيمة كل واحد منهما الفا
وقتل كل واحد منهما عبد قيمته ماية فان كل واحد من المشتري والمغصوب منه بالخيار ان شاء اخذ
القاتل ولا شيء له غيره وان شاء فسخ المشتري البيع ورجع المغصوب منه بقيمته ولهما ان التغير لم يظهر
في نفس العبد لقيام الثاني مقام الاول لحما ودما كما ذكرنا مع زفر وعين الرهن امانة عندنا فلا يجوز تمليكه
من المرتهن بغير رضاه ولان جعل الرهن بالدين حكم جاهلي وانه منسوخ بقوله عليه السلام لا يغلق الرهن من
صاحبه الذي رهنه الحديث بخلاف ما ذكر من البيع والغصب لان حكم الخيار في البيع الفسخ وفي الغصب تملكه
باداء الضمان وهما مشروعان وعلى هذا الخلاف لو تراجع سعره حتى صار يساوي ماية ثم قتله عبد يساوي
ماية فدفع به واذا قتل العبد المرهون قتيلا خطاء فضمان الجناية على المرتهن ولا يملك الدفع لانه لا
يملك التمليك ولو فداه طهر المحل وبقي الدين على حاله ولا يرجع المرتهن على الراهن بشيء من الفداء لان الجناية
حصلت في ضمانه ولو ابى المرتهن ان يفدي قيل للراهن ادفع العبد او افده لان الملك له وايهما فعل سقط الدين
عنه لان العبد قد هلك بالدفع بسبب كان في يد المرتهن وكذا بالفداء لانه كالحاصل له بعوض بخلاف ولد
الرهن اذا قتل انسانا او استهلك مالا حيث يخاطب الراهن ابتداء بالدفع او الفداء لانه غير مضمون على المرتهن
فاذا دفع خرج من الرهن ولم يسقط شيء من الدين كما لو هلك ابتداء فان فداه فهو رهن مع امه على حالهما
ولو استهلك العبد المرهون مالا يستغرق رقبته فان اداه المرتهن فدينه بحاله كما في الفداء وان
ابى قيل للراهن بعه في الدين الا ان يختار ان يؤدي عنه فان ادى بطل دين المرتهن كما ذكرنا في الفداء
وان لم يؤد وبيع العبد فيه ياخذ صاحب دين العبد دينه لان دين العبد مقدم على دين المرتهن وعلى حق
المولى لان حقه مقدم على حق المولى وكذا على حق المرتهن لانه قائم مقام المولى في المالية ولهذا المعنى قلنا
يقدم دين العبد على حق ولي الجناية ايضا لان ولي الجناية قائم مقام المولى في ملك العين فان فضل شيء
من دين العبد ودين غريم العبد مثل دين المرتهن او اكثر فالفضل للراهن وبطل دين المرتهن لان الرقبة
استحقت بمعنى وهو في ضمانه فاشبه الهلاك وان كان دين العبد اقل منه سقط من دين المرتهن بقدره
وما فضل من دين العبد يبقى رهنا كما كان ثم ان كان دين المرتهن قد حل اخذه منه لانه من جنس حقه وان كان
لم يحل امسكه حتى يحل ثم ياخذه اذا حل ان كان من جنس حقه وان كان ثمن العبد لا يفي بدين الغريم اخذ
... ولا يرجع بما بقي على احد حتى يعتق العبد لان الحق في دين الاستهلاك يتعلق برقبته وقد استوفيت
... العبد بعد العتق ثم اذا ادى العبد بعد العتق لا يرجع على احد لانه وجب عليه بفعله هذا اذا
... وان كان بعضه امانة بان كان قيمته اكثر من الدين وقد جنى العبد جناية قيل لهما افدياه
او ادفعاه ... لان البعض مضمون والبعض امانة والفداء في المضمون على المرتهن وفي الامانة على الراهن
كان اجتمعا على الدفع ودفعاه بطل دين المرتهن والدفع لا يجوز في الحقيقة من المرتهن لما بينا وانما التخليص
بالفداء ولهذا لا يطلب رضاه في الدفع لاحتمال ان يختار الفداء وان تشاحا فالقول لمن قال انا افدي
ايهما كان اما اذا كان هو المرتهن فلانه ليس في الفداء الذي يختاره ابطال حق الراهن وفي الدفع الذي
يختاره الراهن ابطال حق المرتهن ويكون المرتهن في الفداء متطوعا في حصة الامانة حتى لا يرجع على الراهن بذلك

ولد الرهن اذا جنى يخاطب الراهن به ابتداء لانه غير مضمون

وان كانت قيمة العبد الجاني اكثر من الدين المرهون به

فان عنده يرجع المرتهن بالتسعماية الباقية في النقصان بسبب السعر ممكن

لانه كان يمكنه ان لا يختاره فيخاطب الراهن فلما التزمه والحالة هذه كان متبرعا على ما روي عن ابي حنيفة
بخلاف ما اذا كان غايبا لانه تعذر خطابه والمرتهن محتاج الى اصلاح المضمون ولا يمكنه ذلك الا باصلاح
الامانة فلا يكون متبرعا وعند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله وهو رواية الحسن المرتهن متطوع في الوجهين لانه قد ملك
غيره بغير امره فصار كالاجنبي واما اذا كان المختار الفداء هو الراهن فلان المرتهن ليس له ولاية الدفع
فكيف يختاره ولان الدفع الذي يختاره المرتهن يفوت حق الراهن في العين من غير فايدة تحصيل له لان
حقه يسقط بالدفع كما يسقط بالفداء الراهن ثم اذا افداه الراهن يحتسب على المرتهن حصة المضمون
من الفداء من دينه لان سقوط الدين امر لازم دفع او فدى لانه بالاستحقاق صار هالكا فاذا افدى صار
كانه حصله بالفداء فلم يجعل الراهن في الفداء متطوعا ثم ينظر ان كان حصة المضمون من الفداء مثل
الدين او اكثر بطل الدين وان كان اقل سقط من الدين بحسابه وكان العبد رهنا بما بقي لان الفداء في حصة
الامانة كان عليه وفي حصة المضمون كان على المرتهن فاذا اداه الراهن وهو ليس بمتطوع فيه كان الرجوع
عليه فصار قصاصا بدينه كانه اوفى بعضه فيبقى العبد رهنا بما بقي بخلاف ما اذا افداه المرتهن حيث يكون
متطوعا في حال حضرة الراهن لا في حال غيبته على ما بينا وعن زفر عن ابي حنيفة على عكسه بان الراهن اذا
كان حاضرا فالمرتهن لا يكون متطوعا في الفداء وان كان غايبا كان متطوعا فيه ووجهه ان المجني عليه لا
يخاطب المرتهن حال غيبة الراهن لانه ليس بمالك ولا يقدر على الدفع ولا يتمكن من اخذ العبد ما لم يحضر
الراهن فلا حاجة الى الفداء فاذا افداه من غير حاجة اليه كان متطوعا واما في حال حضرته فالمجني عليه يخاطبهما
بالدفع او الفداء فلا يتوصل المرتهن الى استدامة يده الا بالفداء فكان مضطرا اليه فلا يكون متبرعا كمعير
الرهن وصاحب العلو اذا بنى السفل ثم بنى عليه علوه كذا في جناية ولد الراهن اذا قال المرتهن انا افديه كان
له ذلك وان كان المالك يختار الدفع لانه ان لم يكن مضمونا عليه فهو محبوس بدينه وله في الفداء غرض
صحيح من زيادة الاستيثاق ولا ضرر على الراهن كان له ذلك **قال رحمه الله** وان مات الراهن باع وصيه الرهن
وقضى الدين لان الوصي قايم مقام الموصي ولو كان الموصي حيا كان له ان يبيع الرهن فكذا وصيه **قال رحمه الله**
فان لم يكن له وصي نصب له وصي وامر ببيعه وفعل ذلك الى القاضي لان القاضي نصب ناظرا لحقوق المسلمين
اذا عجزوا عن النظر لانفسهم وقد تعين النظر في نصب الوصي ليودي ما عليه لغيره ويستوفي حقوقه من غيره
ولو كان على الميت دين فرهن الوصي بعض التركة عند غريم لم يجز وللاخرين ان يردوه لانه ايثار
لبعض الغرماء بالايفاء الحكمي فاشبه الايثار بالايفاء الحقيقي والجامع ما في كل واحد منهما من ابطال حق غيره
من الغرماء الا ترى ان الميت بنفسه لا يملك ذلك في مرض موته فكذا من قام مقامه وان قضى دينهم قبل
ان يردوه جاز لزوال المانع بوصول حقهم ولو لم يكن للميت غريم اخر جاز الرهن اعتبارا بالايفاء الحقيقي
ويبيع في دينه لانه يباع فيه قبل الرهن فكذا بعده واذا ارتهن الوصي بدين للميت على رجل جاز لانه استيفاء
فيملكه وله ان يبيعه ان وكل والا فلا الا باذن الراهن وكذا لو ارتهن الموصي ثم مات قام الوصي مقامه
انه لا يبيعه لان الوكالة تبطل بموته **فصل قال رحمه الله** رهن عصيرا قيمته عشرة
فتخلل وهو يساوي عشرة فهو رهن بعشرة لان ما يكون محلا للبيع بقاء يكون محلا للرهن بقاء
... محلا للرهن ابتداء والخمر محل للبيع بقاء الا ترى ان من اشترى عصيرا ...
يبقى العقد فيها الا ان المشتري يتخير في البيع لتغير وصف المبيع كما اذا تعيب فكذا لا يكون ...
... والقيمة ...

نقصان القيمة لا يوجب سقوط شيء من الدين كما مر في انكسار القلب وانما يوجب الخيار على ما ذكرنا
لان الفايت فيه مجرد الوصف وفوات شيء من الوصف في المكيل والموزون لا يوجب سقوط شيء من الدين
باجماع بين اصحابنا فيكون الحكم فيه انه ان نقص شيء من القدر سقط بقدره من الدين والا فلا **قال رحمه الله**
وان رهن شاة قيمتها عشرة بعشرة فماتت فدبغ جلدها وهو يساوي درهما فهو رهن بدرهم لان الرهن يتقرر
بالهلاك فاذا حيي بعض المحل يعود الحكم بقدره بخلاف ما اذا ماتت الشاة المبيعة قبل القبض فدبغ جلدها
حيث لا يعود البيع بقدره لان البيع ينفسخ بالهلاك قبل القبض والمفسوخ لا يعود صحيحا واما الرهن
فمتقرر بالهلاك ومن المشايخ من يقول يعود البيع ويتقرر فهو رهن بدرهم قالوا هذا اذا كان قيمة
الجلد يوم الرهن درهما وان كانت قيمته يومئذ درهمين كان الجلد رهنا بدرهمين وانما يعرف ذلك
بالتقويم بان تقوم الشاة المرهونة غير مسلوخة ثم تقوم مسلوخة فالتفاوت بينهما هو قيمة الجلد
هذا اذا كانت الشاة كلها مضمونة وان كان بعضها امانة بان كانت قيمتها اكثر من الدين يكون الجلد ايضا
بعضه امانة بحسابه فيكون رهنا بحصته من الدين قالوا هذا اذا دبغه المرتهن بشيء لا قيمة له وان
دبغه بما له قيمة يثبت للمرتهن حق حبسه بما زاد الدباغ فيه كما لو غصب جلد ميتة ودبغه بشيء له قيمة
ثم قيل يبطل الرهن فيه حتى اذا ادى الراهن ما زاد الدباغ فيه اخذه وليس له ان يحبسه بالدين لانه لما حدث
الدين الثاني وصار به محبوسا حكما خرج من ان يكون رهنا بالاول حكما فصار كما اذا رهنه حقيقة بان رهن
الرهن بدين اخر غير ما كان محبوسا به فانه يخرج عن الاول ويكون رهنا بالثاني فكذا هذا وقيل لا يبطل لان
الشيء انما يبطل بما هو فوقه او مثله ولا يبطل بما هو دونه كالمبيع بالف اذا باعه ثانيا منه باقل او باكثر
يبطل لانه مثله ولا يبطل بالاجارة والرهن لانه دونه والرهن بالثاني هنا دون الاول لانه انما يستحق حبس
الجلد بالمالية التي اتصلت بالجلد بحكم الدباغ وتلك المالية تبع للجلد لانها وصف له والوصف دايما تبع
للاصل والرهن الاول بما هو اصل بنفسه وليس بتبع لغيره وهو الدين فيكون اقوى من الثاني فلم يرتفع الاول
بالثاني ويثبت الثاني ايضا لان سببه قد تحقق وانه لا يمكن رده بخلاف الاجارة والرهن لان ردهما ممكن
فامكن القول ببطلانهما ولو ابق العبد الرهن وجعل بالدين ثم عاد يعود الدين وعند زفر رحمه الله لا يعود
بل يكون ملكا للمرتهن لان القاضي لما جعله بالدين فقد ملكه كالمغصوب ليعود بعد الضمان فانه يكون
ملكا للغاصب ولا يعود الى ملك المغصوب منه قلنا ان الرهن لا يملك بالدين لانه حكم جاهلي على ما بينا
وانما يقع قبضه للاستيفاء من وجه ويتم ذلك بالهلاك فاذا عاد ظهر انه لم يتم فبقي محبوسا بالدين والدليل
على انه لا يملك به ان العين ان كفنه على الراهن بخلاف المغصوب **قال رحمه الله** ونماء الرهن كالولد والثمر واللبن
والصوف للراهن لانه متولد من ملكه **قال رحمه الله** وهو رهن مع الاصل لانه تبع له والرهن حق متاكد
لازم فيسري الى الولد الا ترى ان الراهن لا يملك ابطاله بخلاف ولد الجارية الجانية حيث لا يسري حكم الجناية
الى الولد ولا يتبع امه فيه لان الحق فيها غير متاكد حتى ينفرد المالك بابطاله بالفداء وبخلاف ولد
... الكفيلة والمغصوبة وحلال الموضع يخدمها لان المستاجر حقه في المنفعة دون العين وفي الكفالة
الحق ... في الذمة والولد لا يتولد من الذمة وفي الغصب السبب اثبات اليد العادية بازالة اليد
المحقة ... معدوم في الولد ولا يمكن اثباته فيه تبعا لانه فعل حسي والتبعية تجري في الاوصاف
الشرعية وفي جارية الموصى بخدمتها المستحق له الخدمة وهي منعدمة في الولد غير صالح لانه قبل الانفصال
فلا يكون تبعا لها ان بعد ... لا ينقلب موجبا ايضا لعدان العقد غير موجب **قال رحمه الله** ويهلك مجانا اي
اذا هلك النماء يهلك بغير شيء لان الاتباع لا قسط لها مما يقابل بالاصل لانها لم تدخل تحت العقد مقصودا
اذ اللفظ لا يتناولها **قال رحمه الله** وان هلك الاصل وبقي النماء فك بحصته اي اذا هلك الرهن وبقي النماء

يفتك الولد بحصته من الدين لانه صار مقصودا بالفكاك والتبع اذا صار مقصودا بالقبض يكون له
قسط كولد المبيع لاحصة له من الثمن ثم اذا صار مقصودا بالقبض صار له حصة حتى لو هلكت الام قبل
القبض وبقي الولد كان للمشتري ان ياخذه بحصته من الثمن ولو هلك الولد قبل القبض لا يسقط شيء من
الثمن **قال رحمه** ويقسم الدين على قيمته يوم الفكاك وقيمة الاصل يوم القبض ويسقط من الدين حصة
الاصل وفك النماء بحصته لان الولد صار له حصة بالفكاك والام دخلت في ضمانه من وقت القبض
فتعتبر قيمة كل واحد منهما في وقت اعتباره ولهذا لو هلك الولد بعد هلاك امه قبل الفكاك هلك
بغير شيء فيعلم بذلك انه لا يقابله شيء من الدين الا عند الفكاك ولو اذن الراهن للمرتهن في اكل زوايده
الرهن بان قال مهما زاد فكله فاكله فلا ضمان عليه ولا يسقط شيء من الدين لانه اتلفه باذن المالك وهذه
اباحة والاطلاق يجوز تعليقه بالشرط والخطر بخلاف التمليك وان لم يفتك الرهن حتى هلك في يد المرتهن
قسم الدين على قيمة الزيادة التي اكلها المرتهن وعلى قيمة الاصل فما اصاب الاصل سقط وما اصاب الزيادة اخذه
المرتهن من الراهن لان الزيادة تلفت على ملك الراهن بفعل المرتهن بتسليط منه فصار كان الراهن اخذه
واتلفه فيكون مضمونا عليه فكان له حصة من الدين فبقي حصته هكذا ذكر في الهداية والكافي وفتاوى
قاضيخان والمحيط وعزاه الى الجامع **قال رحمه** وتصح الزيادة في الرهن لا في الدين معناه لا يصير الرهن رهنا
بالدين المزيد وصورة الزيادة في الرهن ظاهر وهو ان يزيد رهنا على الرهن الاول فيكونان رهنا بالدين الاول
واما صورة الزيادة في الدين فهو ان يزيد دينا على الدين الاول على ان يكون الرهن الاول رهنا بالدينين
وهو غير جايز وقال ابو يوسف يجوز الزيادة في الدين ايضا وقال زفر والشافعي لا تجوز الزيادة في الرهن ايضا
لانه يؤدي الى الشيوع لانه لا بد للرهن الثاني من ان يكون له حصة من الدين فيخرج الرهن الاول بقدره من
ان يكون رهنا او مضمونا وذلك شايع والشيوع مفسد للرهن ولابي يوسف ان الدين في باب الرهن كالثمن
في البيع والرهن كالمثمن فتجوز الزيادة فيهما كما في البيع والجامع بينهما الالتحاق باصل العقد للحاجة وامكان
الالحاق فيهما كما في البيع ولابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ان الزيادة في الدين توجب الشيوع في الرهن لان الزيادة
في الدين تثبت فيه ضمان الدين الثاني فيكون بعض الرهن مضمونا به وبعضه مضمونا بالدين الاول
وذلك البعض مشاع فلا يجوز بخلاف الزيادة في الرهن لانها توجب تحول بعض الدين الى الرهن الثاني
لان الدين ينقسم عليهما فصار الشيوع في الدين لا في الرهن وذلك غير مانع لصحة الرهن الا ترى انه لو رهن
شيئا بخمسماية من الف درهم عليه جاز ولو كان الشيوع في الدين يمنع لما جاز ولا التحاق باصل العقد
غير ممكن في طرف الدين لانه غير معقود عليه ولا هو معقود به بل وجوبه سابق على الرهن ولهذا يبقى
الدين بعد فسخ الرهن والزيادة تكون في المعقود عليه كالمبيع او في المعقود به كالثمن لا في غيره لانه ليس
باحد البدلين والزيادة تختص بهما ثم المراد بقولهم ان الزيادة في الدين لا تصح ان الرهن لا يكون رهنا
بالزيادة واما نفس زيادة الدين على الدين فجايزة لان الاستدانة بعد الاستدانة قبل قضاء الاول
الاول جايز اجماعا ثم اذا صحت الزيادة في الرهن وتسمى هذه زيادة قصدية قسم الدين على [illegible]
يوم قبضها وعلى قيمة الاول يوم قبضه لان كل واحد منهما دخل في ضمان المرتهن يوم قبضه [illegible]
المعتبر واذا [illegible] المرهونة ولدا ثم ان الراهن زاد مع الولد عبدا وقيمة كل واحد منهم [illegible]
فالعبد رهن مع الولد [illegible] يقسم ما في الولد عليه يوم فكاكه وعلى العبد الذي زيد عليه [illegible] جعله
زيادة مع الولد دون الام [illegible] ولا حصة له الا وقت الفكاك فما اصاب الولد فذلك الوقت قسم عليه
وعلى العبد الزيادة لما ذكرنا وقبل ذلك الولد تبع لا حصة له من الدين حتى لو مات الولد بعد الزيادة
قبل الفكاك بطلت الزيادة لان الولد اذ هلك خرج من العقد فصار كان لم يكن فبطل الحكم في الزيادة

لان الراهن المرتهن في اكل زوايده

وكذا لو هلكت الزيادة قبل الفكاك الولد هلكت بغير شيء لانه تبع فيا خذ حكمه ولو كانت الزيادة مع
الام قسم الدين على قيمتهما يوم قبضها وعلى قيمة الزيادة يوم قبضها لما ذكرنا فما اصاب الام قسم عليها وعلى
ولدها اذا هلكت فما اصاب الام ذهب وسقط وما اصاب الولد افتك به الراهن لان الزيادة دخلت على
الام فيقسم الدين عليها وعلى الزيادة اولا ثم ما اصاب الام قسم عليها وعلى ولدها اذا هلكت وبقي الولد
الى الفكاك ولو هلك الولد بعد هلاكها قبل الفكاك او هلك هو وحده دونها ذهب بغير شيء لما ذكرنا
انه لا حصة له الا وقت الفكاك فصار كانه لم يكن اصلا فبقي حصة الام كلها عليها تذهب بهلاكها وحصة
الزيادة ايضا تذهب بذهاب الزيادة فصار كان الرهن في الام وحدها وزاد العبد عليها فايهما هلك
هلك بحصته وافتك من بقي منهما بحصته **قال رحمه** ومن رهن عبدا بالف فدفع عبدا اخر رهنا مكان الاول
وقيمة كل الف فالاول رهن حتى يرده الى الراهن والمرتهن في الاخر امين حتى يجعله مكان الاول لان الاول
دخل في ضمانه بالقبض والدين فلا يخرج عن الضمان ما داما باقيين الا بنقض القبض فاذا كان الاول في ضمانه
لا يدخل الثاني في ضمانه لانهما رضيا بدخول احدهما فيه لا بدخولهما فيه فاذا رد الاول دخل الثاني في
ضمانه ثم قيل يشترط تجديد القبض فيه لان يد المرتهن على الثاني يد امانة ويد الرهن يد استيفاء وضمان
فلا ينوب عنه كمن له على اخر جياد فاستوفى زيوفا يظنها جيادا ثم علم انها زيوف وطالبه بالجياد واخذها
كان الجياد امانة في يده ما لم يرد الزيوف ويجدد القبض في الجياد وقيل لا يشترط لان الرهن تبرع كالهبة
وعينه امانة على ما عرف وقبض الامانة ينوب عن قبض الامانة ولو ابرا المرتهن الراهن عن الدين او وهبه
منه ثم هلك الرهن في يد المرتهن هلك بغير شيء استحسانا خلافا لزفر لان الرهن مضمون بالدين او بجهته
عند توهم الوجود كما في الدين الموعود ولم يبق الدين بالابراء او الهبة ولا جهته لسقوطه الا اذا منعه
من صاحبه فيصير غاصبا بالمنع وكذا اذا ارتهنت المراة بصداقها رهنا فابراته او وهبته له او اختلعت
عليه او ارتدت والعياذ بالله تعالى قبل الدخول بها ثم هلك الرهن في يدها يهلك بغير شيء لسقوط الدين
ولو استوفى المرتهن الدين من الراهن او بايفاء متطوع ثم هلك الرهن في يده هلك بالدين ووجب عليه رد
ما استوفى الى من استوفى منه وهو من عليه الدين او المتطوع بخلاف الابراء ووجه الفرق ان الابراء يسقط به
الدين اصلا وبالاستيفاء لا يسقط لقيام الموجب وهو السبب الموجب للدين لكن يكون المقبوض مضمونا
على القابض فيلتقيان قصاصا ومعناه ان دين كل واحد منهما على صاحبه يبقى على حاله لعدم الفايدة في
مطالبة واحد منهما صاحبه لان كل استيفاء يوجد يعقب مطالبة مثله فيؤدي الى الدور فترك الطلب
لعدم الفايدة فاما الدين نفسه فثابت في ذمة كل واحد منهما فاذا هلك الرهن يتقرر الاستيفاء الاول
وهو الاستيفاء بقبض الرهن وينتقض الاستيفاء الثاني الذي هو الحقيقة وكذا اذا اشترى بالدين
عينا او صالح عن الدين على عين وكذا اذا احال الراهن المرتهن بالدين على غيره ثم هلك الرهن بطلت الحوالة
[illegible] بالدين لانه في معنى البراءة بطريق الاداء لانه يخرج بالحوالة عن ملك المحيل مثل ما كان له على
[illegible] عليه او مثل ما يرجع عليه ان لم يكن للمحيل على المحتال عليه دين لانه بمنزلة الوكيل وكذا اذا تصادق
[illegible] ثم هلك الرهن يهلك بالدين لتوهم وجوب الدين بالتصادق على قيامه فتكون الجهة باقية
[illegible] وقال في الكافي ذكر شمس الائمة السرخسي في المبسوط اذا تصادقا على ان لا دين بقي ضمان الرهن
اذا كان [illegible] بعد هلاك الرهن لان الدين كان واجبا ظاهرا حين هلك الرهن ووجوب الدين
ظاهرا يكفي لضمان الرهن مستوفيا واما اذا تصادقا على ان لا دين والرهن قايم ثم هلك فيهلك امانة لانه
بتصادقهما ينتفي الدين من الاصل وضمان الرهن لا يبقى بدون الدين وذكر الاسبيجابي انهما اذا تصادقا
قبل الهلاك ثم هلك الرهن اختلف مشايخنا فيه والصواب انه لا يهلك مضمونا رجل دفع عينه [illegible]

ولد الرهن عنده امانة والقبض يرد على العين فينوب قبض الامانة عن قبض العين صح

اي الدين عن ذمة الراهن

وهو العقد الذي لزم الدين به كل

الا انه يتعذر الاستيفاء لعدم الفايدة وهو يعقب مطالبة مثله فهو في نفسه [illegible] اذا هلك يتقرر الاستيفاء الاول [illegible] الثاني هداية

فطلقت المراة قبل الدخول يرجع المتطوع عا ادى وقال زفر يرجع الزوج والمشترى بذلك على القابض لان المتطوع ادى عنهما فصار كاد ايهما باذنهما قلنا انه اذا قضى بامرهما رجع عليهما عا ادى فملكاه بالضمان وهنا لم يملكاه فبقى على ملك المتطوع والله اعلم

كتاب الجنايات

وهى فى اللغة اسم لما يجنيه المرء من شر اكتسبه بالمصدر من جنى عليه شرا وهو عام الا انه خص عا يحرم من الفعل واصله من جنى الثمر وهو اخذه من الشجر وهى فى الشرع اسم لفعل محرم سوا كان فى مال او نفس لكن فى عرف الفقها يراد باطلاق اسم الجناية الفعل فى النفس والاطراف ثم القتل على خمسة اوجه عمد وشبه عمد وخطاء وما اجرى مجرى الخطا والقتل بسبب والمراد به بيان قتل يتعلق به الاحكام من القصاص والدية والكفارة وحرمان الارث والاثم على ما نبينه ان شاء الله تعالى هذا تفسير الشيخ ابو بكر الرازى وذكر محمد رحمه الله فى الاصل انه على ثلاثة اوجه عمد وشبه عمد وخطا، **قال رحمه** موجب القتل عمدا وهو ما تعمد ضربه بسلاح ونحوه فى تفريق الاجزاء كالمحدد من الحجر والخشب والليطة والنار الاثم والقود عينا اى القتل الموصوف بهذه الصفة يوجب الاثم والقصاص متعينا اما اشتراط العمدية فلان الجناية لا تتحقق دونها ولا بد منها ليترتب عليها العقوبة لقوله عليه السلم رفع عن امتى الخطا والنسيان الحديث اما اشتراط السلاح او ما يجرى مجرى السلاح فلان العمد هو القصد وهو فعل القلب لا يوقف عليه اذ هو امر مبطن فاقيم استعمال الالة القاتلة غالبا مقامه تيسيرا كما اقيم السفر مقام المشقة والنوم مضطجعا مقام الخارج من السبيلين والبلوغ مقام اعتدال العقل تيسيرا والالة القاتلة غالبا هى المحددة لانها هى المعدة للقتل وما ليس له حد فليس بعمد حتى لو ضربه بحجر كبير او خشب كبير او بصنجة حديد او نحاس لا يجب القصاص عند ابى حنيفة رحمه الله على ما يجى فى شبه العمد وذكر قاضى خان ان الجرح لا يشترط فى الحديد وما يشبه الحديد كالنحاس وغيره فى ظاهر الرواية واما وجوب الماثم فلقوله تعالى ومن يقتل مومنا متعمدا فجزاوه جهنم خالدا فيها الاية وقال عليه السلم سباب المومن فسق وقتاله كفر وقال عليه السلام لزوال الدنيا اهون على الله من قتل امرى مسلم وعليه اجماع الامة واما وجوب القصاص فلقوله تعالى كتب عليكم القصاص فى القتلى وقوله تعالى وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس والمراد به القتل العمد لان الله تعالى اوجب الدية فى القتل خطاء بقوله تعالى ومن قتل مومنا خطاء فتحرير رقبة مومنة ودية مسلمة الى اهله وقال عليه السلم العمد قود ولان القتل قصاصا نهاية العقوبة فلا يشرع الا اذا تناهت الجناية ولا تتناهى الا بالعمد لان الخطا فيه شبهة العمد فلا يوجب العقوبة المتناهية **قال رحمه** الا ان يعفى اى يجب القصاص الا ان يعفو الاوليا فيسقط القصاص بعفوهم فلا يجب شى ان كان العفو بغير بدل وان كان ببدل يجب المشروط بالصلح لا بالقتل وقال الشافعى الواجب احدهما لا بعينه ويتعين باختيار الولى وفى قول عنه ان الواجب هو القود عينا لكن للولى حق العدول الى المال من غير رضى القاتل لقوله عليه السلم من قتل له قتيل فهو بخير النظرين اما ان يقتل واما ان يودى وقال عليه السلم فى خطبته يوم فتح مكة فمن قتل له بعد مقالتى هذه قتيل فاهله بين خيرتين بين ان ياخذوا العقل وبين ان يقتلوا وهذا نص على التخيير ولان حق العبد شرع جابرا وفى كل منهما نوع جبر فيتخير فى تعيين الواجب كالكفارات وفى العمد ... فلا يحتاج فيه الى رضاه لتعينه مدفعا للهلاك وهو باقتناعه ... كالمضطر اذا وجد مال الغير ومعه ثمنه فانه يتعرض له ... بالمال كما فى الخطا ... القتل العمد على ما بينا ... العمد قود المعنى لعدم العمدية يقتضى ... موجبا المال فقط ... زاد عليه وهو لا يجوز والحديث للعز ... العمد قود ...

لا يصلح موجبا العدم المماثلة بينه وبين الادمى صورة ومعنى اذ الادمى خلق مكرما ليتحمل التكاليف ويشتغل بالطاعة وليكون خليفة الله تعالى فى الارض والمال خلق لاقامة مصالحه ومبتذل لانه فى حوايجه فلا يصلح جابرا وقايما مقامه والقصاص يصلح للتماثل صورة لانه قتل بقتل وكذا معنى لان المقصود بالقتل الانتقام والتاثى فيه كالاول ولهذا سمى قصاصا وبه تحصل منفعة الاحيا لكونه زاجرا لا باخذ المال فتعين موجبا لا المال ولهذا يضاف ما وجب من المال فى قتل العمد الى الصلح الا ترى الى قوله عليه السلم لا تعقل العاقلة عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولو كان القتل عمدا موجبا للمال لما اضافه الى الصلح ولا يعارض بقوله عليه السلم لا تعقل العاقلة عمدا لان المراد به ما لا يمكن القصاص فيه من الجراحات فيما دون النفس وغيره وبه يستقيم والمراد بما روى والله اعلم ثبوت الخيار للولى عند اعطاء القاتل الدية وتخييره لا ينافى رضى الاخر فى غير الواجب وهذا كما يقال للداين خذ بدينك ان شيت دراهم وان شيت دنانير وان شيت عروضا ومعلوم انه لا ياخذ غير حقه الا برضى المديون وهذا شايع فى الكلام الا ترى الى قوله عليه السلم لا تاخذ الا سلمك او راس مالك اى لا تاخذ الا سلمك عند المضى فى العقد ولا تاخذ الا راس مالك عند التفاسخ تخيره ومعلوم انه لا ياخذ راس ماله الا برضى الاخر لان الفسخ لا يتم الا باتفاقهما فاذا كان المراد بالحديث ذلك او احتمله لا يبقى حجة له والذى يدل على ذلك ما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما انه قال كان القصاص فى بنى اسرائيل ولم تكن الدية فقال الله عز وجل هذه الاية كتب عليكم القصاص فى القتلى الحر بالحر الى قوله فمن عفى له من اخيه شى والعفو فى ان يقبل الدية فى العمد ذلك تخفيف من ربكم مما كان كتب على من كان قبلكم فاخبر ان بنى اسرائيل لم يكن فيهم الدية اى كان ذلك حراما عليهم اخذه عوضا عن الدم او يتركوه حتى يسفكوا الدما فخفف الله تعالى عن هذه الامة ونسخ ذلك بقوله تعالى فمن عفى له من اخيه شى الاية وبينه النبى صلى الله عليه وسلم على هذه الجهة بل بينها بقوله ومن قتل له قتيل فهو بالخيار بين ان يقتص او يعفو او ياخذ الدية الذى بعث لهذه الامة وجعل لهم اخذها اذا اخطوها وعن انس بن مالك ان عمته الربيع لطمت جارية فكسرت ثنيتها فقال عليه السلم حين اختصموا اليه كتاب الله القصاص ولم يخير ولو كان المال واجبا به لخيره اذ من وجب له احد الشيئين على الخيار لا يحكم له باحدهما معينا وانما يحكم له بان يختار ايهما شاء والذى يحققه ان الولى لو عفى عن القصاص قبل اختياره القصاص صح عفوه فلو لم يكن هو الواجب بالقتل لما صح عفوه قبل تعينه باختياره اذ العفو عن الشى قبل وجوبه باطل فاذا كان القصاص هو الواجب الاصلى لا ينفرد الولى بالعدول عنه الى المال بدلا عنه لانه معاوضة ولا يجبر احد على المعاوضة كما فى ساير الحقوق ولهذا لو ترك الولى القصاص عا له غير الدية كالدار ونحوها من الاعيان لا يجبر القاتل على الدفع وان كان فيه احيا نفسه ولا نسلم ان المضطر الذى ذكره يجبر على الشرا بحيث يدخل فى ملكه من غير رضاه وانما نقول ياثم اذا ترك الشرا مع القدرة عليه ومات وكذا نقول هنا ايضا ياثم اذا لم يخلص نفسه مع القدرة عليه وفى قوله والادمى قد يضمن بالمال كما فى الخطا وجوب الضمان فى الخطا ضرورة صون الدم عن الاهدار لا باعتبار انه مثل له وهذا لانه لما تعذر العقوبة ... لعدم الجناية صير اليه لصون الدم ولولا ذلك لتخاطا كثير من الناس وادى الى التفانى ... حرمة فلا تسقط حرمتها بعذر الخاطى كما فى المال فيجب المال صيانة لها عن الاهدار ولا ... لا ينافى وجوب المال ولا العدول اليه من غير رضى الجانى الا ترى ... القاطع شلا فالمقطوع يده بالخيار ان شا اخذ الارش ... فى حق الباقين القصاص ووجب لهم الدية ولو ... بالجناية لما وجب بغير رضاهم ...

قال رحمه لا الكفارة اى لا تجب الكفارة بقتل العمد وقال الشافعى تجب اعتبارا بالخطا بل اولى لانها شرعت ...

لمحو الاثم وهو في الفعل اكثر فكان ادعى الى ايجابها ولنا ان الكفارة دايرة بين العبادة والعقوبة فلا بد من ان يكون سببها ايضا دايرا بين الحظر والاباحة لتعلق العبادة بالمباح والعقوبة بالمحظور وقتل العمد كبيرة محضة فلا تناط به كساير الكباير مثل الزنا والسرقة والربوا ولا يمكن قياسه على الخطا لانه دونه في الاثم فشرعه لدفع الادنى لا يدل على دفع الاعلى ولان في قتل العمد وعيدا محكما فلا يمكن ان يقال يرتفع المائم فيه بالكفارة مع وجود التشديد في الوعيد بنص قاطع لا شبهة فيه ومع ذلك كان محكما منه باو دليل ولان الكفارة من المقدرات فلا يجوز اثباتها بالقياس على ما عرف في موضعه ولان قوله تعالى فجزاؤه جهنم الاية كل موجبه اذ هو مذكور في سياق الجزاء للشرط فيكون الزيادة عليه نسخا فلا يجوز بالراي قال رحمه الله وشبهه وهو ان يتعمد ضربه بغير ما ذكر الاثم والكفارة ودية مغلظة على العاقلة لا القود اي موجب القتل شبه العمد الاثم والكفارة على القاتل والدية المغلظة على العاقلة ولا يوجب القصاص وقوله وهو ان يتعمد ضربه بغير ما ذكر اي بغير ما ذكر في العمد والذي ذكر في العمد هو المحدود وغيره الذي لا حد له من الالة كالحجر والعصا وكل شي ليس له حد يفرق الاجزاء وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا اذا ضربه بحجر عظيم او بخشبة عظيمة فهو عمد وشبه العمد ان يتعمد ضربه بما لا يقتل غالبا كالعصا الصغيرة قال الشافعي وانما سمي هذا النوع شبه عمد لان فيه قصد الفعل لا القتل فكان عمدا باعتبار نفس الفعل خطاء باعتبار القتل لهما ان معنى العمدية يتقاصر باستعمال الة لا يقتل به غالبا لانه يقصد به التاديب او اتلاف العضو لا القتل فكان شبه عمد ولا يتقاصر باستعمال الة لا تلبث لانه يقصد به القتل كالسيف فكان عمدا يقتضي القود الا ترى انه عليه السلم رض بين حجرين راس يهودي رض راس صبي بين حجرين وكذا قتل المراة التي قتلت امراة بمسطح وهو عمود الفسطاط ولابي حنيفة رحمه الله قوله عليه السلم الا ان قتيل الخطا العمد قتيل السوط والعصا والحجر فيه دية مغلظة مائة من الابل منها اربعون خلفة في بطونها اولادها وباطلاقه يتناول العصا الكبيرة والكلام في مثلها ولان قصد القتل امر مبطن لا يعرف الا بدليله وهو استعمال الالة القاتلة الموضوعة له على ما بينا وهذه الالة لا تصلح دليلا على قصد القتل لانها غير موضوعة له ولا مستعملة فيه اذ لا يمكن القتل بها على غفلة منه ولا يقع القتل بها غالبا فقصرت العمدية لذلك فصار كالعصا الصغيرة وهذا لان ما يوجب القصاص وهو الالة المحددة لا يختلف بين الصغير منها والكبير لان الكل صالح للقتل بتخريب البنية ظاهرا او باطنا فكذا ما لا يوجب القصاص وجب ان يسوى بين الكبير والصغير منه حتى لا يوجب الكل القصاص لانه غير معد للقتل ولا صالح له لعدم نقض البنية ظاهرا وكان في قصده القتل شك لما فيه من قصور والقصاص نهاية في العقوبة فلا يجب مع الشك وما روياه من رض اليهودي يحتمل انه عليه السلم علم ان اليهودي كان قاطع طريق فان قاطع الطريق اذا قتل بسوط او عصا او غيره باي شي كان يقتل حدا او يحتمل انه جعله كقاطع الطريق لكونه ساعيا في الارض بالفساد فقتله حدا كما [illegible] قاطع الطريق فان ذلك جايز ان يلحق به على ما بينا في قطاع الطريق واما حديث المراة فقال عبيد بن [illegible] عن المغيرة بن شعبة ان امراتين ضربت احديهما الاخرى بعمود الفسطاط فقتلتها فقضى [illegible] بالدية على عصبة القاتلة وقضى فيما في بطنها بغرة فقال الاعرابي اتغرمني من لا طعم ولا شرب [illegible] ولا استهل ومثل ذلك يطل فقال عليه السلام اسجع كسجع الاعراب وفي رواية قال هذا من اخوان الكهان من جل سجعه فعلم بذلك ان ما روياه غير صحيح والذي يدل على ذلك ان الراوي له ابن حمل بن مالك على زعمهم فانهم قالوا قال حمل بن مالك كنت بين امراتين فضربت احديهما الاخرى بمسطح فقتلتها وجنينها فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في جنينها بغرة وان تقتل بها فكذا رووه وقال ابن المسيب [illegible]

عن ابي هريرة رضي الله عنه اقتتلت امراتان من هذيل فضربت احديهما الاخرى بحجر فقتلتها وما في بطنها فاختصموا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقضى ان دية جنينها عبد او وليدة وقضى بدية المراة على عاقلتها وورثها ولدها فقال حمل بن مالك النابغة الهذلي يا رسول الله اغرم من لا شرب ولا اكل ولا نطق ولا استهل ومثل ذلك يطل فقال عليه السلم هذا من اخوان الكهان وهذا هو المشهور عن حمل بن مالك فكيف يتصور ان يصح عنه خلاف ذلك ثم لا فرق عند ابي حنيفة رحمه الله بين ان يموت بضربة واحدة وبين ان يتوالى ضربات حتى مات كل ذلك شبه عمد لا يوجب القصاص واختلف على قولهما في الموالاة وقال الشافعي يصير عمدا بها فيوجب القصاص ولو القاه من جبل او سطح او غرقه في الماء او خنقه حتى مات كل ذلك شبه عمد عنده وعندهما عمد وانما كان اثما بشبه العمد لانه ارتكب محرم دينه قاصدا له وانما وجبت الكفارة به لانه خطا من وجه فيدخل تحت النص على الخطا وذكر صاحب النهاية ان صاحب الايضاح قال في الايضاح وجدت في كتب اصحابنا ان لا كفارة في شبه العمد على قول ابي حنيفة رحمه الله فان الاثم كامل متناه وتناهيه يمنع شرع الكفارة لان ذلك من باب التخفيف وجوابه على الظاهر ان نقول انه اثم اثم الضرب لانه قصده لا اثم القتل لانه لم يقصده وهذه الكفارة تجب بالقتل وهو فيه مخطي ولا تجب بالضرب الا ترى انها لا تجب بالضرب بدون القتل وبعكسه تجب فلا اعتداد اجتماعهما يضاف الوجوب الى القتل دون الضرب واما وجوب الدية فلما بينا وانما وجبت على العاقلة لانه خطا من وجه على ما بينا فيكون معذورا فيستحق التخفيف لذلك ولانها تجب بنفس القتل فتجب على العاقلة كما في الخطا ولهذا اوجبها عمر رضي الله عنه في ثلاث سنين ويتعلق بهذا القتل حرمان الارث كالخطا بل اولى لانه جزاء الفعل وهو اولى بالمجازاة لوجود القصد منه الى الفعل فاصله انه كالخطاء الا في حق الاثم وصفة التغليظ في الدية على ما نبين من بعد ان شاء الله تعالى قال رحمه الله والخطاء وهو ان يرمي شخصا ظنه صيدا او حربيا فاذا هو مسلم او غرضا فاصاب ادميا وما جرى مجراه كنايم انقلب على رجل فقتله الكفارة والدية على العاقلة اي موجب قتل الخطاء وموجب ما جرى مجرى الخطاء الكفارة والدية على العاقلة فقوله وهو ان يرمي شخصا الخ تفسير للخطاء فانه على نوعين خطاء في القصد وخطاء في الفعل وقد بين النوعين بقوله ان يرمي شخصا فاذا هو صيد او حربيا فاذا هو مسلم تفسير الخطاء في القصد لانه لم يخط في ظن الحربي مسلما والادمي صيدا وقوله او غرضا فاصاب ادميا اي او رمى غرضا فاصاب ادميا وهذا بيان للخطاء في الفعل دون القصد فيكون معذورا اذا اختلف المحل بخلاف ما لو تعمد الضرب موضعا من جسده فاصاب موضعا اخر منه حيث يجب القصاص لان المحل لم يختلف لوجود قصد القتل منه والقتل اذ جميع البدن منه كمحل واحد فيما يرجع الى مقصوده فلا يعذر وانما صار الخطاء نوعين لان الانسان يتصرف بفعل القلب والجوارح فيحتمل في كل واحد منهما الخطاء على الانفراد كما ذكر او على الاجتماع بان رمى ادميا يظنه صيدا فاصاب غيره من الناس وقوله كنايم انقلب على رجل بيان لما اجرى مجرى الخطاء لان هذا ليس بخطاء حقيقة لعدم قصد النايم الى شي اخر حتى يصير مخطيا المقصوده ولما وجد فعله حقيقة وجب عليه ما اتلفه كفعل الطفل فجعل كالخطاء [illegible] كالمخطي وانما كان حكم المخطي ما ذكره لقوله تعالى فيه فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله [illegible] عمر رضي الله عنه في ثلاث سنين بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم من غير نكير فصار اجماعا وقدر الدية وصفتها [illegible] ما يجوز عتقه عن الكفارة وما لا يجوز عتقه عن الكفارة نذكره في الديات [illegible] النوع من القتل [illegible] لا ياثم اثم القتل وانما ياثم اثم ترك التحرز والمبالغة في التثبت لان الافعال المباحة لا تجوز مباشرتها [illegible] الا بشرط ان لا يؤذي احدا فاذا ادى احدا فقد تحقق ترك التحرز فياثم ولفظة الكفارة تنبي عن ذلك لانها ستارة ولا ستر بدون الاثم قال رحمه الله والقتل بسبب كحافر البير وواضع الحجر في غير ملكه الدية على العاقلة لا الكفارة اي موجب القتل بسبب الدية على العاقلة لا الكفارة اما وجوب الدية به

ولو القاه من جبل او غرقه شبه عمد عنده

شبه العمد

الدية المغلظة

مطلب القتل الخطاء وما يجري مجراه

القتل بسبب يوجب الدية

قاطع الطريق يقتل حدا لا قتلا

لانه سبب التلف وهو متعد فيه بالحفر فجعل كالدافع الملقي فيه تجب فيه الدية صيانة للانفس فتكون على العاقلة لان القتل بهذا الطريق دون القتل بالخطأ فيكون معذورا فتجب على العاقلة تخفيفا عنه كما في الخطأ بل اولى لعدم القتل منه مباشرة ولهذا لا تجب الكفارة فيه **قال رحمه الله** والكل يوجب حرمان الارث الا هذا اي كل نوع من انواع القتل الذي تقدم ذكره من عمد وشبه عمد او خطأ يوجب حرمان الارث الا القتل بسبب فانه لا يوجب ذلك كما لا يوجب الكفارة وقال الشافعي رحمه الله هو ملحق بالخطأ في احكامه **قال رحمه الله** وشبه العمد في النفس عمد فيما سواها لان اتلاف ما دون النفس لا يختص بالة دون الة فلا يتصور فيه شبه العمد بخلاف النفس على ما بيناه والذي يدل على هذا ما روى عن انس بن مالك رضي الله عنه ان عمته الربيع لطمت جارية فكسرت ثنيتها فطلبوا اليهم العفو فابوا والارش فابوا الا القصاص فاختصموا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فامر رسول الله صلى الله عليه وسلم بالقصاص فقال انس بن النضر اتكسر ثنية الربيع والذي بعثك بالحق نبيا لا تكسر ثنيتها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم يا انس كتاب الله القصاص فرضي القوم فعفوا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان من عباد الله من لو اقسم على الله لابره ووجه دلالته على ما نحن فيه انا علمنا ان اللطمة لو اتت على النفس لا توجب القصاص ورايناها فيما دون النفس قد اوجبته بحكمه عليه السلام فثبت بذلك ان ما كان في النفس شبه عمد هو عمد فيما دونها ولا يتصور ان يكون فيه شبه عمد والله اعلم

باب ما يوجب القود وما لا يوجبه

قال رحمه الله يجب القصاص بقتل كل محقون الدم على التابيد عمدا لما بينا وشرط ان يكون المقتول محقون الدم على التابيد لتنتفي شبهة الاباحة عنه لان القصاص نهاية في العقوبة فيستدعي الكمال في الجناية فلا يجب مع الشبهة واحترز بذلك عن المستامن لان دمه ليس محقونا على التابيد **قال رحمه الله** ويقتل الحر بالحر وبالعبد وقال الشافعي لا يقتل الحر بالعبد لقوله تعالى الحر بالحر والعبد بالعبد فهذا يقتضي مقابلة الجنس بالجنس ومن ضرورة المقابلة ان لا يقتل الحر بالعبد ولان القصاص يعتمد المساواة ولا مساواة بينهما اذ الحر مالك والعبد مملوك والمالكية امارة القدرة والمملوكية امارة العجز قال الله تعالى ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شيء ولا مساواة بينهما ولان الحرية حياة والرق موت حكما الا ترى انه ينسب الى معتقه بالولاء حتى يرثه لانه احياه ولهذا لا يقطع طرف الحر بطرف العبد بالاتفاق مع ان الطرف اهون لانه اقل حرمة لكونه تبعا للنفس فلان لا يجب في النفس وهي اعظم حرمة اولى بخلاف العكس لانه تفاوت الى نقصان فلا يمتنع كما في المسلم والمستامن ولان الرق اثر الكفر فيوجب شبهة الاباحة لحقيقة الكفر فصار كالمستامن ولنا العمومات نحو قوله تعالى وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس وقوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى وقوله عليه السلام العمد قود ولا يعارض بما تلي لان فيه مقابلة مقيدة وفيما تلونا مقابلة مطلقة فلا يحمل المطلق على المقيد على ان مقابلة الحر بالحر لا تنافي مقابلة الحر بالعبد لانه ليس فيه الا ذكر بعض ما شمله العموم على موافقة حكمه وذلك لا يوجب تخصيص ما بقي الا ترى انه قابل الانثى بالانثى والذكر بالذكر ثم لا يمنع ذلك مقابلة الذكر بالانثى وكذا لا يمنع مقابلة العبد بالحر حتى يقتل العبد بالاجماع فكذا بالعكس اذ لو منع ذلك لمنع العكس ايضا وفي مقابلة الانثى بالانثى دليل القصاص بين الحرة والامة وفائدة هذه المقابلة في الاية على ما قال ابن عباس رضي الله عنهما كان بنو النضير [illegible] مقابلة وكانت بنو قريظة اقل منهم عددا وكان بنو النضير اشرف [illegible] بمقابلة الحر من بني قريظة والانثى منهم بمقابلة الذكر من بني [illegible] الاية ردا عليهم وبيانا ان الجنس يقتل بجنسه على خلاف ما اصطلحوا من القبيلتين جميعا فكانت اللام لتعريف العهد لا لتعريف الجنس ولانهما مستويان في العصمة اذ هي بالدين عنده وبالدار عندنا وهي المعتبرة فيجري القصاص بينهما حسما لمادة الفساد وتحقيقا لمعنى الزجر ولو اعتبرت المساواة في غير العصمة

العصمة بالدين عند الشافعي وبالدار عندنا

لما جرى القصاص بين الذكر والانثى والقصاص يجب باعتبار انه ادمي ولم يدخل في الملك من هذا الوجه بل هو مبقى على اصل الحرية من هذا الوجه ولهذا يقتل العبد بالعبد وكذا يقتل العبد بالحر ولو كان الرق مانعا لما قتل وكذا عجزه وموته وبقاء اثر الكفر حكمي فلا يؤثر ذلك في سقوط العصمة ولا يورث شبهة ولو اورث شبهة لما جرى القصاص بين العبيد بعضهم ببعض ووجوب القصاص في الاطراف يعتمد المساواة في الجزء المبان بعد المساواة في العصمة ولهذا لا تقطع الصحيحة بالشلاء وفي النفس لا يشترط ذلك حتى يقتل الصحيح بالزمن وبالمفلوج ولا مساواة بين اطراف العبد والحر الا في العصمة واظهرنا اثر الرق فيما دون النفس لما ان العبد من حيث النفس ادمي مكلف خلق معصوما **قال رحمه الله** والمسلم بالذمي وقال الشافعي لا يقتل المسلم به لما روى الشعبي عن ابي جحيفة قال سالت عليا رضي الله عنه هل عندكم من رسول الله صلى الله عليه وسلم علم غير القران قال والذي فلق الحبة وبرأ النسمة ما عندنا من رسول الله صلى الله عليه وسلم علم سوى القران وما في الصحيفة قلت وما في الصحيفة قال العقل وفكاك الاسير وان لا يقتل مسلم بكافر وعن قيس بن عباد قال انطلقت انا والاشتر الى علي رضي الله عنه فقلنا هل عهد اليك رسول الله صلى الله عليه وسلم عهدا لم يعهده الى الناس عامة قال لا الا ما كان في كتابي هذا فاخرج كتابا من قراب سيفه فاذا فيه المؤمنون تتكافؤ دماؤهم وهم يد على من سواهم لا يقتل مؤمن بكافر ولا ذو عهد في عهده الحديث ولانه لا مساواة بينهما لقوله تعالى لا يستوي اصحاب النار واصحاب الجنة ولان الكفر يوجب النقصان والكافر كالميت قال الله تعالى او من كان ميتا فاحييناه ولا مساواة بين الميت من وجه وبين الحي من كل وجه بخلاف ما اذا قتل ذمي ذميا ثم اسلم القاتل حيث يقتل به لوجود المساواة بينهما وقت القتل وهو المعتبر ولان الكفر مبيح للقتل في الجملة فاورث شبهة كالملك مبيح للوطء في الجملة ثم هو يورث شبهة في الاخت من الرضاع حتى لا يحد اذا وطئها بملك اليمين ولنا ما تلونا من الكتاب وما روينا من السنة فانه باطلاقه يتناوله وقد صح عن عبد الرحمن ابن البيلماني ومحمد ابن المنكدر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اتي برجل من المسلمين قد قتل معاهدا من اهل الذمة فامر به فضرب عنقه فقال انا اولى من وفى بذمته ولان القصاص يعتمد المساواة في العصمة على ما بينا في العبد وقد وجدت نظرا الى الدار والى التكليف لان شرط التكليف القدرة على ما كلف به ولا يتمكن من اقامة ما كلف به الا بدفع اسباب الهلاك عنه وذلك بان يكون محرم التعرض ولا نسلم ان الكفر مبيح بنفسه بل بواسطة الحراب الا ترى ان من لا يقاتل منهم لا يحل قتله كالشيخ الفاني والذراري وقد اندفع الحراب بعقد الذمة فكان معصوما بلا شبهة ولهذا يقتل الذمي بالذمي ولو كان في عصمته ذلك لما قتل الذمي بالذمي كما لا يقتل المستامن بالمستامن وقد قال علي رضي الله عنه انما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا واموالهم كاموالنا وذلك بان تكون معصومة بلا شبهة كالمسلم ولهذا يقطع المسلم بسرقة مال الذمي ولو كانت في عصمته شبهة لما قطع كما لا يقطع في سرقة مال المستامن لان المال تبع النفس وامره اهون من النفس فلما قطع بسرقته كان اولى ان يقتل بقتله لان امر النفس اعظم من المال الا ترى ان العبد [illegible] بسرقة مال مولاه ويقتل بقتل مولاه لما ذكرنا والذي يدل على ما قلنا ان الذمي لو قتل ذميا ثم اسلم [illegible] ان يقتل قتل به بالاجماع وهذا قتل مسلم بكافر فلولا ان المسلم يجب عليه القتل بقتل الذمي ابتداء لما دام [illegible] لان حالة البقاء في مثل هذا معتبرة بالابتداء تعظيما لامر الدم الا ترى ان [illegible] فارتد المجروح [illegible] والعياذ بالله ثم مات من الجرح سقط القصاص وبعكسه لو جرح مرتدا ثم اسلم المجروح لا يجب القصاص لما ذكرنا ومعنى قوله عليه السلام لا يقتل مسلم بكافر اي بكافر حربي ولهذا عطف ذو العهد وهو الذمي على المسلم تقديره لا يقتل مسلم ولا ذو عهد بكافر حربي لان الذمي اذا قتل ذميا قتل به فعلم ان المراد به الحربي اذ هو لا يقتل به مسلم ولا ذمي ولا يقال معناه لا يقتل ذو عهد

قال يقتل المسلم بالذمي

بالتخفيف

اي الذمي

اي بالجزية

مطلقا اي لا يقتل فنا ... فيكون ابتداء الكلام لانا نقول هذا لا يستقيم لوجهين احدهما ان ذو عهد مفرد قد عطف على الجملة فياخذ الحكم منها لان المعطوف الناقص ياخذ الحكم من المعطوف عليه التام كما يقال قام زيد وعمرو ويقال قتل زيد بعمرو وخالد اي كلاهما قام او قتل ولا يجوز ان يقدر له خبر اخر والثاني ان المعنى يابى ذلك لان المراد بسوق الكلام الاول نفي القتل قصاصا لا نفي مطلق القتل فكذا الثاني تحقيقا للعطف اذ لا يجوز ذلك البتة في المفرد ولا يقال معناه لا يقتل مسلم بكافر ولا ذو عهد اي لا يقتل بكافر حربي ولا ذمي لانا نقول لو اريد ذلك المعنى لكان لحنا اذ لا يجوز عطف المرفوع على المجرور فلا يجوز نسبته الى رسول الله صلى الله عليه وسلم لانه افصح العرب ولا يقال روي ذي عهد بالجر في بعض طرقه فيكون معطوفا على الكافر فلا يدل على ما قلتم لانا نقول ان صح ذلك فهو جر للمجاورة لا العطف عليه حتى يشاركه في الحكم ومثله جائز قال الله تعالى وامسحوا برءوسكم وارجلكم بالجر للمجاورة وان لم يشاركه في الحكم فحملناه عليه توفيقا بين الروايتين على الوجه الجائز وكذا الحديث الاول المراد به الكافر الحربي والدليل عليه ان عبد الرحمن بن ابي بكر الصديق رضي الله عنه قال حين قتل عمر رضي الله عنه مررت على ابي لؤلؤة ومعه الهرمزان فلما تبعتهم ثاروا فسقط من بينهم خنجر له راسان ممسكة في وسطه فانطلق عبيد الله بن عمر حين سمع ذلك من عبد الرحمن ومعه السيف حتى دعا الهرمزان فلما خرج اليه قال انطلق حتى تنظر الى فرس لي ثم تاخر عنه حتى اذا مضى بين يديه علاه بالسيف فلما وجد حس السيف قال لا اله الا الله وقال عبيد الله ثم دعوت جفينة وكان نصرانيا فلما خرج الى علوته بالسيف فصلت بين عينيه ثم انطلق عبيد الله فقتل ابنة ابي لؤلؤة صغيرة فلما استخلف عثمان دعى المهاجرين والانصار اشيروا علي في قتل هذا الرجل فتق من الدين ما فتق فاجتمع المهاجرون فيه على كلمة واحدة يامرونه بالشدة عليه ويحثونه على قتله وقال عمرو بن العاص لعثمان لقد عافاك الله من ان يكون بعد ما بويعت وانما كان ذلك قبل ان يكون لك على الناس سلطان فاعرض عنه وتفرق الناس عن خطبة عمرو بن العاص والهرمزان وجفينة كانا كافرين واشار المهاجرون على قتل عبيد الله بهما فمحال ان يريد النبي صلى الله عليه وسلم بالكافر الذمي ثم يشير المهاجرون على قتل عبيد الله بالذمي وعلي فيهم وهو الراوي لهذا الحديث فثبت بذلك ان المراد به الحربي ولا يقال لعل عثمان اراد قتله ببنت ابي لؤلؤة لا بجفينة والهرمزان لانا نقول لو اراد ذلك لبينه انه يقتله بها لا بهما لان الناس كانوا يقولون بين يديه ابعدهما الله فمحال ان لا يبين ذلك مع هذا القول من الناس بين يديه فثبت بهذا ان المساواة من كل وجه لا تعتبر في وجوب القصاص بل تعتبر المساواة في العصمة وقوله تعالى لا يستوي اصحاب النار واصحاب الجنة اي في الفوز ويدل عليه قوله تعالى اصحاب الجنة هم الفائزون فلا يلزم فيه عدم الاستواء في العصمة لان مثل هذا الكلام لا عموم له الا ترى الى قوله تعالى لا يستوي الاعمى والبصير ان المنفي هو الاستواء في البصر والعمى لا في كل وصف ولهذا يجري القصاص بينهما لاستوائهما في العصمة وكذا النقصان حال الكافر بكفره لا يزيل عصمته فلا عبرة به كسائر الاوصاف الناقصة كالجهل والفسق والانوثة ولا نسلم ان كفره مبيح للقتل بل حرابه هو المبيح وقد ذكرناه غير مرة بخلاف ما ذكر الملك في الاخت من الرضاع فانه مبيح للوطي وانما امتنع في الاخت المذكورة بعارض في حرمت الشبهة قال رحمه الله ولا يقتلان بمستامن اي لا يقتل المسلم ولا الذمي بحربي دخل دارنا بامان لان دمه غير محقون على التابيد ... لان الكفر باعث على الحراب لقصده الرجوع الى دار الحرب ويقتل المستامن بالمستامن قياسا لوجود المساواة بينهما ولا يقتل استحسانا لوجود المبيح قال رحمه الله والرجل بالمراة والكبير بالصغير والصحيح بالاعمى والزمن وناقص الاطراف وبالمجنون يعني يقتل الرجل الصحيح بهؤلاء وهو معطوف على ما تقدم من قوله ويقتل الحر بالحر الى اخره لا على ما يليه من قوله ولا يقتلون بمستامن وانما يجري القصاص بينهم لوجود المساواة بينهم في العصمة والمساواة فيما هي المعتبرة في هذا الباب ولو اعتبرت المساواة فيما وراءها

لانسد باب القصاص ولظهر الفتن والتقاتل قال رحمه الله والولد بالوالد لما تلونا ورويناه من العمومات ولما ذكرنا من المعاني قال رحمه الله ولا يقتل الرجل بالولد لقوله عليه السلام لا يقاد الوالد بولده ولا السيد بعبده ولان الوالد لا يقتل ولده غالبا لوفور شفقته فيكون ذلك شبهة في سقوط القصاص ولان الاب لا يستحق العقوبة بسبب ابنه لانه تسبب لاحيائه فمن المحال ان يكون الولد سببا لافنائه ولهذا لا يقتله اذا وجده في صف المشركين مقاتلا او زانيا وهو محصن وهذا لان القصاص يستحقه الوارث بسبب انعقد للميت خلافة ولو قتل به لكان القاتل هو الابن بنيابته قال رحمه الله والام والجد والجدة كالاب سواء كانا من جهة الاب او من جهة الام لانه جزء منهم فالنص الوارد في الاب يكون واردا فيهم دلالة وكانت الشبهة شاملة للجميع في جميع صور القتل وقال مالك ان قتله ضربا بالسيف فلا قصاص عليه لاحتمال انه قصد تاديبه وان ذبحه ذبحا فعليه القصاص لانه عمد لا شبهة فيه ولا تاويل بل جناية الاب اغلظ لان فيه قطع الرحم فصار كمن زنى بابنته حيث يحد كمن زنى بالاجنبية والحجة عليه ما رويناه وما بيناه من المعنى وليس هذا كالزنا بابنته لان الاب لوفور شفقته يجتنب ما يضر ولده بل يتحمل الضرر عنه حتى يسلم ولده فهذا هو العادة الفاشية بين الناس فلا يتوهم انه يقصد قتل ولده فان وجد ما يدل على ذلك فهو من النوادر فلا تتغير بذلك القواعد الشرعية الا ترى ان السفر لما كان فيه المشقة غالبا كان لمن يترخص برخصة المسافرين فلا يتغير ذلك بما يتفق لبعضهم فيه من الراحة ولا كذلك الزنا قال رحمه الله وبعبده ومدبره ومكاتبه وبعبد ولده وبعبد ملك بعضه لما روينا ولانه لو وجب القصاص لوجب له كما اذا قتله غيره ولا يجوز ان يجب له على نفسه عقوبة وكذا لا يستوجب ولده القصاص عليه لما بينا والقصاص لا يتجزى فاذا سقط في البعض لاجل انه ملك البعض سقط في الكل لعدم التجزي قال رحمه الله وان ورث قصاصا على ابيه سقط لما ذكرنا ان الابن لا يستوجب العقوبة على ابيه وصورة المسئلة فيما اذا قتل الاب اخا امراته ثم ماتت امراته قبل ان يقتص منه فان ابنها منه يرث القصاص الذي لها على ابيه فيسقط لما ذكرنا وكذا اذا قتل امراته ليس لابنها منها ان يقتله فيسقط القصاص قال رحمه الله وانما يقتص بالسيف وقال الشافعي يفعل به مثل ما فعل في مثل تلك المدة ان قتله بفعل مشروع ثم ان مات بذلك فيها وان لم يمت جز رقبته لان المعتبر في القصاص المساواة ولهذا سمي قصاصا وان قتله بفعل غير مشروع كاللواطة وسقي الخمر اختلف مشايخهم فيه فقال بعضهم يتخذ له مثل التة من الخشب في اللواطة ويفعل به مثل ما فعل ويسقى الماء في سقي الخمر ويمهل قدر تلك المدة فان مات والا جز رقبته لانه امكن المماثلة بهذا الطريق وقال بعضهم تجز رقبته ولا يفعل به مثل ما فعل لانه غير مشروع بخلاف القتل بالحجر والسيف ونحوه لانه مشروع الا ترى ان الرجم مشروع وهو بالحجر وكذا قتال الكفار وهو بالسيف ونحوه واستدل لذلك بما روي عن انس رضي الله عنه ان يهوديا رضخ راس صبي بين حجرين فامر رسول الله صلى الله عليه وسلم برض راسه بين حجرين ولقوله تعالى وان عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به ولان فيه تحقيق القصاص ... عن المماثلة فيجب تحقيقا للمساواة ذاتا ووصفا ولنا ما رواه سفيان الثوري باسناده ... عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا قود الا بالسيف والمراد به السلاح لا وجوب القصاص بالقتل ... لانه يجب اذا قتل بغيره كالنار اجماعا فدل ذلك على ان لا يستوفى الا بالسيف ولانه قتل وجب ... بالسيف كقتل المرتد وهذا لان القتل المستحق لا يستوفى الا به لا يتخلف عنه الموت ولو قطعت يده لا يموت الا بالسراية وهي موهومة فلا يكون مضمونا ولانه مثلة وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عنها وقال عليه الصلاة والسلام ان الله كتب الاحسان على كل شيء فاذا قتلتم فاحسنوا القتلة واذا ذبحتم فاحسنوا الذبحة وليحد احدكم شفرته وليرح ذبيحته فامر النبي صلى الله عليه وسلم بان يحسنوا القتلة وان يريحوا ما احل الله تعالى

مطلب لو ورث القصاص على ابيه سقط

لا يقتل المسلم والذمي بمستامن

ذبحه من الانعام فما ظنك فى الادمى المكرم المحترم ولان جابرا رضى الله عنه روى عن النبى صلى الله عليه وسلم
ان يستقاد من الجرح حتى يبرا ولو كان يفعل به مثل ما فعل لم يكن للاستيفاء معنى لانه يجب القصاص برى
او سرى فلما ثبت الاستينا لينظر ما تؤول اليه الجناية علم ان المعتبر هو ما تؤول اليه الجناية ان سرت صارت
قتلا ولا يعتبر الطرف معه فيستوفى القصاص عن النفس فقط كما قلنا فيما اذا كانت الجناية خطاء فانه
يستانى ولا يقضى بشىء فى الحال ثم اذا سرت ومات منها يجب عليه دية النفس لا غير لكون الاطراف تبعا لها
فهذا يكشف لك ما ذكرنا من المعنى وما رواه يحتمل اما ان يكون مشروعا ثم نسخ كما نسخت المثلة او يكون
اليهودى ساعيا فى الارض بالفساد فيقتل كما يراه الامام ليكون اردع وهذا هو الظاهر لان قصد اليهودى
كان اخذ المال الا ترى الى ما يروى فى الخبر عن ابن مالك انه قال عدى يهودى على جارية فاخذ اوضاحا
كانت عليها الحديث وهذا شان قطاع الطريق ولهذا يقتل باى شىء شاء الامام ويتايد هذا المعنى
بما روى انه عليه السلم قتل اليهودى بخلاف ما كان قتل به الجارية فانه روى ابو قلابة عن انس ان رجلا
من اليهود رضخ راس جارية على حلى لها فامر به النبى صلى الله عليه وسلم ان يرجم حتى قتل وايضا انه ما قتل
الا بقول الجارية انه قتلنى وبمثله لا يجب القصاص فعلم بذلك انه كان مشهورا بالسعى فى الارض بالفساد
والمراد بما تلى نفى الزيادة من جهته على ما روى عن ابن عباس وابى هريرة رضى الله عنهم انه عم لما قتل حمزة
ومثل به قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لئن ظفرت بهم لامثلن بسبعين رجلا منهم فانزل الله عز وجل وان
عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به ولئن صبرتم لهو خير للصابرين فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم بل نصبر
فصبر وكفر عن يمينه وهذه مثلة وهى ايضا منسوخة **قال رحمه الله** مكاتب قتل عمدا وترك وفاء ووارثه
سيده فقط او لم يترك وفاء وله وارث يقتص اما الاول وهو ما اذا ترك وفاء ولا وارث له غير المولى
فالمذكور هنا قولهما وعند محمد لا يجب القصاص لان سبب الاستحقاق قد اختلف على التقديرين لان المولى
يستحقه بالولاء ان مات حرا وبالملك ان مات عبدا فاشتبه الحال فلا يستحق لان اختلاف السبب كاختلاف المستحق
فيسقط اصلا كما لو كان له وارث غير المولى فصار كما لو قال لغيره بعتنى هذه الجارية بكذا وقال المولى زوجتها
منك لا يحل له وطيها لاختلاف السبب ولهما ان المولى هو المستحق للقصاص على التقديرين بيقين وهو معلوم
والحكم ايضا متحد فلا يفضى اختلاف السبب الى المنازعة ولا الى اختلاف الحكم فلا يضر مجرد اختلاف السبب
لان السبب لا يراد لذاته وانما يراد لحكمه وقد حصل بخلاف المستشهد به لان اختلاف حكم السببين فلا
يدرى بايهما يحكم فلا يثبت الحل بدون تعيين السبب واما الثانى وهو ما اذا لم يترك وفاء وله وارث
غير المولى فلانه مات رقيقا لانفساخ الكتابة بموته لا عن وفاء فظهر انه قتل عبدا عمدا فيكون القصاص
للمولى بخلاف معتق البعض اذا قتل ولم يترك وفاء حيث لا يجب القصاص لان العتق فى البعض لا ينفسخ
بموته عاجزا ولان الاختلاف فى انه يعتق كله او بعضه ظاهر فاشتبه المستحق فاورث ذلك شبهة
كالمكاتب اذا قتل عن وفاء وقوله او لم يترك وفاء وله وارث اشتراط الوارث وقع اتفاقا فانه اذا لم يكن له
وارث ايضا الحكم كذلك لموته رقيقا او ذكره ليدل على انه لا فرق بين ان يكون له وارث
بخلاف المسئلة الاولى **قال رحمه الله** وان ترك وفاء ووارثا لا اى لا يقتص وهذا بالاجماع وان
[illegible] لاشتباه من له الحق لانه ان مات حرا كما قال على وابن مسعود رضى الله عنهما
وان مات عبدا [illegible] زيد بن ثابت رضى الله عنه فالقصاص للمولى **قال رحمه الله** وان قتل عبد الرهن لا يقتص
حتى يجتمع الراهن والمرتهن لان المرتهن لا يليه لعدم الملك وكذا الراهن لا يليه لما فيه من ابطال حق
المرتهن فى الدين لانه لو قتل القاتل بطل حق المرتهن فى الدين لهلاك الرهن بلا بدل [illegible]
ان يتصرف تصرفا يؤدى الى بطلان حق الغير وذكر فى العيون والجامع الصغير لا سلوم انه لا يلتفت لهما

القصاص وان اجتمعا جعلاه كالمكاتب الذى ترك وفاء ووارثا لكن الفرق بينهما ظاهر فان المرتهن
لا يستحق القصاص لانه لا ملك له ولان الراهن لم يشتبه من له الحق بخلاف المكاتب على ما بينا وان قتل العبد
المبيع قبل القبض فالقصاص للمشترى ان اجاز البيع لانه المالك وان نقض فللبائع لان البيع ارتفع وظهر
انه المالك وهذا عند ابى حنيفة وقال ابو يوسف كذلك ان اجاز البيع وان فسخ فلا قصاص للبائع لما
بينا ان العدم ملكه عند الجناية فلم ينعقد موجبا له ووجبت له القيمة وعند محمد تجب القيمة فى الوجهين لاشتباه
المستحق **قال رحمه الله** ولاب المعتوه القود والصلح لا العفو بقتل وليه اى اذا قتل ولى المعتوه فلابيه ان يقتل
قصاصا وله ان يصالح على مال وليس له ان يعفو اما القتل فلان القصاص شرع للتشفى ودرك الثار وكل
ذلك راجع الى النفس وللاب ولاية على نفسه فيليه كالانكاح بخلاف الاخ والام ونحوهما حيث لا يكون لهم ولاية
استيفاء قصاص وجب للمعتوه لان للاب وفور شفقته جعل التشفى الحاصل له كالحاصل للابن ولهذا لو قد
ضرب ولده ضررا على نفسه بخلاف الاخ والعم واما الصلح فلانه انفع له من القود فلما ملك القود كان يملك
الصلح بالطريق الاولى هذا اذا صالح على قدر الدية او اكثر منه وان صالح على اقل منه فلا يصح وتجب الدية
كاملة واما العفو فلانه ابطال لحقه بلا عوض ولا مصلحة فلا يجوز وكذلك اذا قطعت يد المعتوه عمدا لما بينا
والوصى كالاب فى جميع ما ذكرنا الا فى القتل فانه لا يقتل لان القتل من باب الولاية على النفس حتى لا يملك تزويجه
ويدخل تحت هذا الاطلاق الصلح عن النفس واستيفاء القصاص فى الطرف اذ لم يستثن الا القود فى النفس
وذكر فى كتاب الصلح ان الوصى لا يملك الصلح فى النفس لان الصلح فيها بمنزلة الاستيفاء وهو لا يملك الاستيفاء
وجه المذكور هنا وهو المذكور فى الجامع الصغير ان المقصود من الصلح المال والوصى يتولى التصرف فيه
كما يتولى الاب بخلاف القصاص لان المقصود منه التشفى وهو مختص بالاب ولا يملك العفو لان الاب لا
يملكه لما فيه من الابطال بل اولى وقالوا القياس ان لا يملك الوصى التصرف فى الطرف كما لا يملكه فى النفس
لان المقصود متحد وهو التشفى وفى الاستحسان يملكه لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال لانها خلقت
وقاية للنفس كالمال فكان استيفاؤه بمنزلة التصرف فى المال والقاضى بمنزلة الاب فيه فى الصحيح
الا ترى ان من قتل ولا ولى له يستوفيه السلطان والقاضى بمنزلته فيه فهذا اولى لما عرف فى موضعه **قال رحمه الله** والقاضى كالاب والوصى يصالح فقط والصبى كالمعتوه وقد بيناه ذلك
كله فى اثناء الكلام **قال رحمه الله** وللكبار القود قبل كبر الصغار يعنى اذا كان القصاص مشتركا بين الصغار
والكبار بان قتل لهم ولى جاز للكبار ان يقتلوا القاتل قبل ان يبلغ الصغار وهذا عند ابى حنيفة وقالا
ليس لهم ذلك حتى يبلغ الصغار لانه مشترك بينهم لان الكبار لا ولاية لهم على الصغار حتى يستوفوا
حقهم ولا يمكن استيفاء البعض لعدم التجزى ولا الكل لعدم الولاية عليهم وفيه ابطال حقهم بغير عوض
يحصل لهم فتعين التاخير الى ادراكهم كما اذا كان معهم كبير غايب او كان بين المولين واحدهما صغير
[illegible] ما اذا عفى الكبير حيث يصح وان بطل به الاحقه فى القصاص لان بطلانه لعوض فيجعل كلا بطلان
[illegible] ما روى ان عبد الرحمن بن ملجم حين قتل عليا رضى الله عنه قتل به وكان فى اولاد على
[illegible] ولم ينتظر بلوغهم وكان ذلك بمحضر من الصحابة من غير نكير فحل محل الاجماع ولانه
[illegible] سببه وهو القرابة لا تتجزى فيثبت لكل واحد منهما كملا [illegible]
[illegible] بعض الاولياء لا يغنى شيا القاتل ولو لم يكن له قتله [illegible] الاجنبى وكذا الباقون
[illegible] قلنا بخلاف ما اذا كان معهم كبير غايب [illegible] بعضهم فيه مع غيبته
[illegible] الكبير لاحتمال العفو من الغايب وفى الصغير احتمال العفو فى الحال منقطع فافترقا وبخلاف ما اذا
كان بين المولين واحدهما صغير لان السبب فيه الملك او الولاء وهو غير متكامل وفى مسئلتنا السبب فيه

القرابة وهي متكاملة ولهذا لا يزوج احد المولين الامة المشتركة بينهما والمعتقة لهما وفي القرابة يزوج فيجعل كل واحد منهم كانه ليس معه غيره فينفرد به ولو كان الكبير وليا للصغير ممن له التصرف في ماله كالاب والجد يستوفيه الكبير قبل ان يبلغ الصغير باجماع اصحابنا سواء كانت الولاية لهما بالملك او بالقرابة وان كان وليا للصغير لا يقدر على التصرف في المال كالاخ والعم فعلى الخلاف فان كان الكبير اجنبيا من الصغير لا يملك الكبير الاستيفاء بالاجماع حتى يبلغ الصغير وعند الشافعي لا يملك الكبير الاستيفاء في الكل

قال رحمه الله وان قتله بمر يقتص ان اصابه الحديد والا لا كالخنق والتغريق هذا اذا اصابه بحد الحديد من غير خلاف وان اصابه بظهرها او بالعود او الخنق والتغريق فهو على الخلاف الذي ذكرناه في اول الكتاب وقد ذكرنا الدلايل من الجانبين هنا لك فلا نعيده **قال رحمه الله** ومن جرح رجلا عمدا وصار ذا فراش ومات يقتص لان الجرح سبب ظاهر لموته فيحال الموت عليه ما لم يوجد ما يقطعه كحز الرقبة او البرء منه **قال رحمه الله** وان مات بفعل نفسه وزيد واسد وحية ضمن زيد ثلث الدية لان فعل الاسد والحية جنس واحد لكونه هدرا في الدنيا والاخرة وفعله بنفسه جنس اخر لكونه هدرا في الدنيا معتبرا في الاخرة حتى ياثم به وفعل زيد معتبر في الدنيا والاخرة فصارت الموتة اجناس هدر مطلقا وهدر من وجه دون وجه وهو فعله بنفسه ولا يكون التالف بفعل كل واحد ثلثه فيجب على زيد ثلث الدية ثم ان كان فعل زيد عمدا تجب الدية في ماله والا فعلى العاقلة لما عرف في موضعه **قال رحمه الله** ومن شهر على المسلمين سيفا وجب قتله ولا شيء بقتله لقوله عليه السلام من شهر على المسلمين سيفا فقد ابطل دمه ولان دفع الضرر واجب فوجب عليهم قتله اذا لم يمكن دفعه الا به ولا يجب على القاتل شيء لانه صار باغيا بذلك وكذا اذا شهر على رجل سلاحا فقتله او قتله غيره دفعا عنه فلا يجب بقتله شيء لما بيناه ولا يختلف بين ان يكون بالليل او بالنهار في المصر او خارج المصر لان السلاح لا يلبث وان شهر عليه عصى فكذلك ان كان ليلا او نهارا خارج المصر لانه لا يلحقه الغوث بالليل ولا في خارج المصر فكان له دفعه بالقتل بخلاف ما اذا كان في المصر وقيل اذا كان عصا لا يلبث يحتمل ان يكون مثل السلاح عندهما فيجوز قتله في المصر نهارا كما في السيف **قال رحمه الله** ومن شهر على رجل سلاحا ليلا او نهارا في مصر او غيره او شهر عليه عصى ليلا في مصر او نهارا في غيره فقتله المشهور عليه فلا شيء عليه لما بينا من المنقول والمعقول **قال رحمه الله** وان شهر عصا نهارا في مصر فقتله المشهور عليه قتل به لان العصى تلبث والغوث غير منقطع في المصر فكان بالقتل متعديا وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله ظاهر لانه كالسلاح عنده وقيل عندهما يحتمل ان يكون على الخلاف المذكور في شبه العمد لانه كالسلاح عندهما حتى يجب القصاص بالقتل به وقد بيناه **قال رحمه الله** وان شهر المجنون على غيره سلاحا فقتله المشهور عليه عمدا تجب الدية وعلى هذا الصبي والدابة وعن ابي يوسف رحمه الله لا تجب الدية في الصبي والمجنون وقال الشافعي لا يجب الضمان في الكل لانه قتله دافعا عن نفسه فصار كالبالغ العاقل وهذا لانه يصير محمولا على قتله بفعله بان قال له اقتلني والا قتلتك وكون الدابة مملوكة للغير لا تاثير له في وجوب الضمان كالعبد اذا شهر سيفا على رجل فقتله فانه لا يجب عليه الضمان فكذا هذا وصار كالصيد اذا صال على المحرم فقتله ولابي يوسف ... الصبي والمجنون معتبر في الجملة ولهذا اذا اتلفا مالا او نفسا وجب عليهما الضمان بخلاف ...
... فحق وجوب الضمان لان العجما جبار وكذا عصمتهما الحقهما ...
... اسقطا العصمة بهما فلم يضمنا وتضمن الدابة بخلاف الصيد ...
... او صيد الحرم على الحلول لان الشارع اذن في قتله ولم يوجب علينا لحرم اذاه لا ...
... اباح قتله مطلقة ...

متصف بالحرمة فلم يقع بغيا فلا تسقط العصمة به لعدم الاختيار الصحيح ولهذا لا يجب القصاص على الصبي والمجنون بقتلهما ولا الضمان بفعل الدابة فاذا لم تسقط كان قضيته ان يجب القصاص لانه قتل نفسا معصومة الا انه لا يجب القصاص لوجود المبيح وهو دفع الشر فتجب الدية **قال رحمه الله** ولو ضربه الشاهر فانصرف فقتله الاخر قتل القاتل معناه اذا شهر رجل على رجل سلاحا فضربه الشاهر فانصرف ثم ان المضروب وهو المشهور عليه ضرب الضارب وهو الشاهر فقتله فعليه القصاص لان الشاهر لما انصرف بعد الضرب عاد معصوما مثل ما كان لان حل دمه كان باعتبار شهره وضربه فاذا انكف على وجه لا يريد ضربه ثانيا اندفع شره فلا حاجة الى قتله لاندفاع شره بدونه فعادت عصمته فاذا قتله بعد ذلك فقد قتل شخصا معصوما ظلما فيجب عليه القصاص **قال رحمه الله** ومن دخل عليه غيره ليلا فاخرج السرقة فاتبعه فقتله فلا شيء عليه لقوله عليه السلام قاتل دون مالك اي لاجل مالك ولان له ان يمنعه بالقتل ابتداء فكذا له ان يسترده به انتهاء واذا لم يقدر على اخذه منه الا به ولو علم انه لو صاح عليه يطرح ماله فقتله مع ذلك وجب القصاص عليه لانه قتله بغير حق وهو بمنزلة المغصوب منه اذا قتل الغاصب حيث يجب عليه القصاص لانه يقدر على دفعه بالاستعانة بالمسلمين والقاضي فلا تسقط عصمته بخلاف السارق الذي لا يندفع بالصياح

باب القصاص فيما دون النفس

قال رحمه الله يقتص بقطع اليد من المفصل وان كانت يد القاطع اكبر وكذا الرجل ومارن الانف والاذن والعين اذا ذهب ضوءها وهي قايمة وان قلعها لا والسن وان تفاوتا وكل شجة يتحقق فيها المماثلة لقوله تعالى والجروح قصاص اي ذو قصاص ولقوله تعالى والسن بالسن والقصاص ينبئ عن المماثلة فكل ما امكن رعاية المماثلة فيه يجب القصاص وما لا فلا وقد امكن في هذه الاشياء التي ذكرها ولا معتبر بكبر العضو لانه لا يوجب التفاوت في المنفعة ويمكن رعاية المماثلة في العين اذا ضربت وذهب ضوءها وهي قايمة بان يحمى لها المراة ويجعل على وجهه قطن رطب ويشد عينه الاخرى ثم تقرب المراة من عينه بخلاف ما اذا انقلعت حيث لا يقتص منه لعدم امكان رعاية المماثلة وكانت هذه الحادثة وقعت في زمن عثمان رضي الله عنه فشاور الصحابة فقال علي رضي الله عنه يجب القصاص فبين امكان الاستيفاء بالطريق الذي ذكرناه ثم هنا لم يعتبر الكبر والصغر في العضو حتى اجري القصاص في الكل باستيفاء الكل واعتبره في الشجة في الراس اذا كانت استوعبت راس المشجوج وهي لا تستوعب راس الشاج فالشاج المشجوج بالخيار ان شاء اخذ الارش وان شاء اقتص واخذ بقدر شجته وانما كان كذلك لان ما يلحقه من الشين اكثر لان الشجة المستوعبة لما بين قرنيه اكثر شينا من الشجة التي لا تستوعب بين قرنيه بخلاف قطع العضو فان الشين فيه لا يختلف وكذا منفعته لا تختلف فلم يكن له الا القصاص لوجود المساواة فيه من كل وجه **قال رحمه الله** ولا قصاص في عظم لقوله عليه السلام لا قصاص في العظم وقال عمر وابن مسعود لا قصاص في عظم الا في السن وهو المراد بالحديث ولوضع صاحب الكتاب ... القصاص ينبئ عن المساواة وقد تعذر اعتبارها في غير السن واختلف الاطباء في السن هل هو عظم ... يابس فمنهم من ينكر انه عظم لانه يحدث وينمو بعد تمام الخلقة ويلين بالخل فعلى هذا ... الفرق بينه وبين سائر العظام لانه ليس بعظم فلعل صاحب الكتاب ترك السن لذلك ... تحت الاسم وكذا في الحديث لم يستثنه ولين قلنا انه عظم فالفرق بينه وبين سائر العظام ... ان المساواة فيه ... يمكن بان يبرد بالمبرد بقدر ما كسر منه وكذا ان قلع منه فانه لا يقلع سنه قصاصا ... لتعذر اعتبار المماثلة فيه فربما تفسد لهاته ولكن تبرد بالمبرد الى موضع اصل السن كذا ذكره في النهاية معزيا الى الذخيرة والمبسوط **قال رحمه الله** ولا في طرف رجل وامراة وحر وعبد ولا بين عبدين وقال الشافعي يجب القصاص في جميع ذلك الا في الحر يقطع طرف العبد لان الاطراف تابعة للانفس وشرع القصاص فيها

وعبد ... اي لا قصاص في الطرف بين رجل وامراة ولا بين حر وعبد صح

الالحاق بالانفس ففي كل موضع يجري القصاص في النفس يجري في الطرف ومالا فلا ولنا ان الاطراف يسلك بها
مسلك الاموال لانها وقاية الانفس كالاموال ولا مماثلة بين طرف الذكر والانثى للتفاوت بينهما في القيمة
بتقويم الشارع ولا بين الحر والعبد ولا بين العبدين للتفاوت في القيمة وان تساويا فيها فذلك بالحزر والظن
وليس بيقين فصار شبهة فامتنع القصاص بخلاف طرفي الحرين لان استواءهما متيقن به بتقويم الشارع
وبخلاف الانفس لان القصاص فيها يتعلق بازهاق الروح ولا تفاوت فيه قال رحمه الله وطرف الكافر والمسلم سيان
اي مثلان فيجري القصاص بينهما للتساوي في الارش وقال الشافعي لا يجري لما ذكرنا من اصله قال رحمه الله وقطع يد
من نصف الساعد وجائفة برئ منها ولسان وذكر الا ان يقطع الحشفة اي لا قصاص في هذه الاشيا لعدم
امكان المماثلة فيها لان في القطع من نصف الساعد كسر العظم ويتعذر التساوي فيه اذ لا ضابط له وفي الجائفة
البرء نادر فلا يمكن ان يجرح الثاني على وجه يبرا منه فيكون اهلاكا فلا يجوز والذكر واللسان ينقبضان
وينبسطان ولا يمكن اعتبار المماثلة فيهما الا ان يقطع من الحشفة لان موضع القطع معلوم فصار كالمفصل
وعن ابي يوسف انه اذا قطع من اصلهما يجب القصاص لامكان اعتبار المماثلة والحجة عليه ما بيناه ولو قطع
بعض الحشفة او بعض الذكر او بعض اللسان لا يجب القصاص لجهالة مقداره بخلاف ما اذا قطع كل الاذن
او بعضه لانه لا ينقبض ولا ينبسط وله حد معلوم فيمكن اعتبار المماثلة فيه والشفة ان استقصاها
بالقطع يجب القصاص لامكان اعتبار المماثلة فيه بخلاف ما اذا قطع بعضها لتعذر اعتبار المماثلة فيه
قال رحمه الله وخير بين الارش والقود ان كان القاطع اشل او ناقص الاصابع او كان راس الشاج اكبر
اما الاول وهو ما اذا كانت يد القاطع شلاء او ناقصة الاصابع ويد المقطوع صحيحة كاملة الاصابع
فلان استيفاء حقه بكماله متعذر فيتخير بين ان يتجوز بدون حقه في القطع وبين ان ياخذ الارش
كاملا كمن اتلف مثليا لانسان فانقطع عن ايدي الناس ولم يوجد منه الا رديا فانه يخير بين ان
ياخذ الموجود ناقصا وبين ان يعدل الى القيمة ثم اذا استوفى القصاص سقط حقه في الزيادة وقال الشافعي
يضمنه النقصان لانه قدر على استيفاء البعض فيستوفي ما قدر عليه وما تعذر استيفاؤه يضمنه
ولنا ان الباقي وصف فلا يضمن بانفراده فصار كما اذا تجوز بالردي مكان الجيد ولو سقطت يده
المعيبة قبل اختيار المجني عليه بطل حقه ولا شي له عليه لان حقه متعين في القصاص عندنا لما مر
ان موجب العمد القود عينا وحقه ثابت فيه قبل اختياره المال كما اذا كانت صحيحة فاذا فات المحل
بطل الحق بخلاف ما اذا قطعت بقود او بسرقة حيث يجب عليه ارش اليد وقال الشافعي رحمه الله يجب
الارش في الموضعين لان وجوب المال عنده اصلي كالقود فاذا تعذر استيفاء القود تعين المال
ولنا ان القود هو المتعين على ما بينا فيفوت بفوات المحل كما اذا مات من عليه القصاص في النفس
غير انه اذا قطعت يده بقصاص او بسرقة قد اوفى بها حقا مستحقا عليه فسلمت له معنى فيلزم الارش
بخلاف النفس اذا وجب على القاتل القصاص لغيره فقتل به حيث لا يضمن لانها ليست في معنى
فلم يسلم له واما الثاني وهو ما اذا كان راس الشاج اكبر بان كانت الشجة استوعبت بين قرني
[illegible] وهي لا تستوعب بين قرني الشاج فلان الشجة انما كانت موجبة لكونها شينة [illegible]
زيادة [illegible] استيفاء ما بين قرني الشاج زيادة على ما فعل وباستيفاء قدر حقه [illegible]
من الشين [illegible] المشجوج فيخير كما في الشلاء والصحيحة ثم لو اختار القود [illegible] من الجانبين
شاء لان حقه في ذلك [illegible] فكان له ان يفعل وفي عكسه وهو ما اذا كان راس المشجوج اكبر
يخير ايضا لتعذر الاستيفاء كاملا لما فيه من زيادة الشين [illegible] وكذا اذا كانت الشجة في طول الراس
وهي تاخذ من جبهة احدهما الى قفاه ولا تبلغ الى قفا الاخر فهو بالخيار لما ذكرنا وذكر الطحاوي

عن علي الرازي في الكبير رحمه الله انه لا قصاص ولا خيار له لان في القصاص فيما دون النفس يعتبر المساواة
في المحل ولا ينظر الى الصغر والكبر وجوابه ان القصاص في الشجة لاجل الشين وهو يتفاوت في الصغر
والكبر وفي قطع اليد لفوات منفعة البطش وهي لا تتفاوت ولعل الصغيرة انفع من الكبيرة فافترقا

فصل قال رحمه الله وان صولح على مال وجب حالا وسقط القود اي اذا صولح القاتل على مال عن القصاص
سقط القصاص ووجب المال للمصالح عليه حالا قليلا كان او كثيرا لقوله تعالى فمن عفي له من اخيه شيء الاية
قال ابن عباس رضي الله عنهما نزلت الاية في الصلح وقوله عليه السلام من قتل له قتيل فاهله بين خيرتين بين ان ياخذوا
المال وبين ان يقتلوا والمراد والله اعلم اخذ المال برضى القاتل على ما بينا ولانه حق ثابت له يجري فيه العفو
مجانا فكذا التعويض لاشتماله على الاوصاف الجميلة من احسان الولي واحياء القاتل بخلاف حد القذف
لان الغالب فيها حق الله تعالى ولا يجري فيه العفو فكذا التعويض والقليل والكثير فيه سواء لانه ليس فيه
شي مقدر فيفوض الى اصطلاحهما كالخلع والكتابة والاعتاق على مال بخلاف ما اذا كان القتل خطاء
حيث لا يجوز باكثر من الدية لانه دين ثابت في الذمة فيكون اخذ الاكثر منه ربوا وانما وجب حالا لانه
دين وجب بالعقد والاصل في مثله الحلول كالثمن والمهر بخلاف الدية لانها لم تجب بالعقد وانما سقط
القود لانه موجب العقد ولانه لم يرض ببذل المال الا مقابلا به فيتوقف عليه مقصوده قال رحمه الله وتنصف
ان امر الحر القاتل وسيد القاتل رجلا بالصلح عن دمهما على الف ففعل معناه لو كان القاتل حرا وعبدا
فامر الحر القاتل ومولى العبد القاتل رجلا بان يصالح عن دمهما على الف درهم ففعل المامور فالالف
على الحر والمولى نصفان لانه مقابل بالقصاص وهو عليهما على السواء فينقسم بدله عليهما على السواء
ولان الالف وجب بالعقد وهو مضاف اليهما فيتنصف موجبه وهو الالف قال رحمه الله فان صالح احد الاوليا
عن حظه على عوض او عفى فلمن بقي حظه من الدية لان كل واحد منهم يتمكن من التصرف في نصيبه استيفاء
واسقاطا بالعفو او بالصلح لانه يتصرف في خالص حقه فينفذ عفوه وصلحه فيسقط به حقه في القصاص
ومن ضرورته سقوط حق الباقين ايضا فيه لانه لا يتجزى الا ترى انه لا يتجزى ثبوتا وكذا سقوطا
بخلاف ما لو قتل رجلين فعفى اولياء احدهما حيث يكون لاولياء الاخر قتله لان الواجب فيه قصاصان
لاختلاف القتل والمقتول فبسقوط احدهما لا يسقط الاخر الا ترى انهما يفترقان ثبوتا فكذا بقاء بخلاف
ما نحن فيه فاذا سقط انقلب نصيب من لم يعف مالا لانه تعذر استيفاؤه لمعنى في القاتل كما لو كونه
خطيا ولا يجب للعافي شي لانه اسقط حقه المتعين بفعله ورضاه بلا عوض بخلاف شركائه لعدم ذلك
منهم فينقلب نصيبهم مالا والورثة كلهم في ذلك سواء وقال مالك والشافعي لا حق للزوجين في
القصاص ولا في الدية لان الوراثة خلافة وهي بالنسب دون السبب لانقطاعه بالموت وقال
ابن ابي ليلى لا يثبت حقهما في القصاص لان سبب استحقاقهما العقد والقصاص لا يستحق بالعقد الا ترى
[illegible] لا يثبت له حق في القصاص لان المقصود في القصاص التشفي والانتقام وذلك يختص به الاقارب الذين
[illegible] بعضا ولهذا لا يكون احدهما عاقلة الاخر لعدم التناصر ولنا ما روي انه عليه السلام من ترك
[illegible] ورثته ومن ترك كلا فعلي والقصاص حقه فيكون لجميعهم كالمال وامر عليه السلام بتوريث
[illegible] الضبابي من دية زوجها اشيم ولان القصاص حق يجري فيه الارث حتى ان من قتل وله ابنان
فمات احدهما عن ابن كان القصاص بين الصلبي وبين ابن الابن فيثبت لسائر الورثة والزوجية تبقى
بعد الموت حكما في حق الارث او يثبت الارث مستندا الى سببه وهو الجرح وكان علي رضي الله عنه
يقسم الدية على من احرز الميراث والدية كما هو حكم سائر الاموال ولهذا لو اوصى بثلث ماله تدخل
الدية فيه والقصاص بدل النفس كالدية فيورث كسائر اموال ولهذا لو انقلب مالا تقضى به

ديونه وتنفذ فيه وصاياه واستحقاق الارث بالزوجية كاستحقاقه بالقرابة لا بالعقد الا ترى انه لا يرتد بالرد بخلاف الوصية وبهذا تبين ان الاستحقاق ليس بالعقد بل بحكم العقد ولا يلزم من عدم التناصر والعقل عدم الارث للقصاص الا ترى ان الصغير والنساء من الاقارب لا يعقلون ويرثون القصاص والدية واقرب منه ان المراة لا يعقل عنها ابناؤها الكبار ويرثونها وقال الشافعي لا حظ للنساء من الاقارب فى استيفاء القصاص ولهن حق العفو لان المراة ليست من اهل القتل لضعفها ولهذا لا تقتل الكافرة الاصلية ولا توضع عليها الجزية الواجبة مكان القتل فصارت فى حق الاستيفاء كالصغير والحجة عليه ما بيناه وقوله انها ليست من اهل القتل قلنا انها ان لم تقدر توكل فانها من اهل التوكيل

قال المصنف ويقتل الجمع بالفرد والقياس ان لا يقتل لعدم المساواة ولكن تركناه بالاجماع الصحابة رضى الله عنهم وروى ان سبعة من اهل صنعاء قتلوا واحدا فقتلهم عمر رضى الله عنه وقال لو تمالأ عليه اهل صنعاء لقتلتهم ولان القتل بطريق التغالب غالب والقصاص شرع لحكمة الزجر فيجعل كل واحد منهم كالمنفرد به فيجرى القصاص عليهم جميعا تحقيقا لمعنى الاحياء ولولا ذلك للزم سد باب القصاص وفتح باب التفانى اذ لا يوجد القتل من واحد غالبا لانه يقاومه الواحد فلم يقدر عليه فلم يحصل الا نادرا والزاجر شرع فيما يغلب لا فيما يندر ولان زهوق الروح لا يتجزى واشتراك الجماعة فيما لا يتجزى موجب التكامل فى حق كل واحد منهم فيضاف الى كل واحد منهم كملا كانه ليس معه غيره كولاية الانكاح فى باب النكاح

قال المصنف والفرد بالجمع اكتفاء اى يقتل الفرد اذا قتل جماعة ويكتفى بذلك وقال الشافعى يقتل بالاول منهم ان قتلهم على التعاقب ويقضى بالدية لمن بعده فى تركته لان العاقلة لا تعقل العمد وان قتلهم جميعا معا او لم يعرف الاول منهم يقرع بينهم ويقضى بالقود لمن خرج له القرعة وبالدية للباقين وقيل لهم جميعا اى يقسم الديات بينهم لان الموجود منه قتلات وما يتحقق فى حقه قتل واحد فلا تماثل وهو القياس فى الفصل الاول الا انا تركناه بما ذكرناه على ما بينا ولنا ان كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال فحصل التماثل الا ترى ان الواجب فى الفصل الاول وهو ما اذا قتل جماعة واحدا القصاص ولولا ان التماثل ثابت لما وجب القصاص وهذا لان المثل اسم مشترك فمن ضرورة كون احد الشيئين مثلا للاخر ان يكون الاخر مثلا له كاسم الاخ والزوج فوجوب القصاص فيه دليل على انه مثل له اذ هو لا يجب فى كل موضع يتعذر اعتبار المماثلة فيه ككسر العظم او يتوهم عدم المماثلة فيه كالجائفة فان التلف لما توهم موته باعتبار الغالب امتنع القصاص

قال المصنف فان حضر واحد قتل له وسقط حق البقية كموت القاتل اى اذا حضر اولياء واحد من المقتولين قتل لهم وسقط حق اولياء بقية المقتولين كما يسقط بموت القاتل حتف انفه لفوات محل الاستيفاء فصار كموت العبد الجانى وفيه خلاف الشافعى لان الواجب عنده لاحدهما على ما بينا فاذا فات احدهما تعين الاخر كمن قال لامراتيه احديكما طالق او قال لعبديه احدكما حر فمات احدهما تعين الاخر لفوات المحل

قال المصنف ولا يقطع يدا رجل بيد معناه اذا قطع رجلان يد رجل فلا قصاص على واحد منهما وقال الشافعى تقطع والمفروض اذا اخذ سكينا واحدا من جانب وامراها على يده حتى انفصلت هو يعتبرها بالانفس والاطراف تابعة لها فاخذت حكمها بخلاف ما اذا امر احدهما السكين من جانب والاخر من جانب اخر حتى التقى السكينان فى الوسط وبانت اليد حيث لا يجب القصاص فيه على واحد منهما لانه لم يوجد من كل واحد منهما امرار السلاح الا على بعض العضو ولنا ان كل واحد منهما قاطع للبعض لانما انقطع بقوة احدهما لم ينقطع بقوة الاخر فلا يجوز ان يقطع الكل بالبعض والاثنين بالواحد لانعدام المساواة فصار كما اذا امر كل واحد من جانب اخر بخلاف النفس فان الشرط فيها المساواة

فى العصمة لا غير وفى الطرف تعتبر المساواة فى النفع والقيمة ولهذا لا تقطع الصحيحة بالشلاء والنفس السالمة عن العيوب تقتل بالمفلوج والمسلول وكذا الاثنان بالواحد فلا يصح القياس على النفس ولان زهوق الروح لا يتجزى فاضيف الى كل واحد كملا وقطع العضو يتجزى الا ترى انه يمكن ان يقطع البعض ويترك الباقى وفى القتل لا يمكن ذلك ولهذا لو امر احدهما السكين على قفاه والاخر على حلقه حتى التقيا فى الوسط ومات منهما يجب القصاص وفى اليد لا يجب ولان القتل بطريق الاجتماع غالب مخافة الغوث لا فى القطع لانه يحتاج الى مقدمات بطيئة يلحقه الغوث بسببها كالشد او نقول ثبت وجوب القصاص فى النفس بالاثر والاجماع على خلاف القياس والطرف ليس مثلها فلا يلحق بها

قال المصنف وضمنا ديتها اى ضمن القاطعان دية المقطوعة لان التلف حصل بفعلهما فيجب عليهما نصف الدية على كل واحد منهما الربع فيجب من مالهما لان العاقلة لا تتحمل العمد

قال المصنف وان قطع واحد يمينى رجلين فلهما قطع يمينه ونصف الدية يعنى اذا حضرا معا سواء كان القطع جملة واحدة او على التعاقب وقال الشافعى ان قطعهما على التعاقب يقطع للاول منهما ويغرم ارش اليد للثانى لان يده صارت مستحقة له قصاصا فيمنع استحقاقها للثانى بالقطع فصار كما اذا رهن شيئا من انسان ثم رهنه اخر بعد التسليم الى الاول وان قطعهما معا يقرع بينهما ويكون القصاص لمن خرجت له قرعته والارش للاخر لان اليد الواحدة لا تفى بالحقين وليس احدهما اولى بها من الاخر فوجب المصير الى القرعة ولنا ان المساواة فى سبب الاستحقاق توجب المساواة فى الاستحقاق ولا معتبر بالتقدم والتاخر كالغريمين فى التركة وهذا لان حق كل واحد منهما ثابت فى كل اليد لتقرر السبب فى حق كل واحد منهما وهو القطع وكونه مشغولا بحق الاول لا يمنع تقرر السبب فى حق الثانى ولهذا لو كان القاطع لهما عبدا استويا فى استحقاق رقبته ولو كان يمتنع بالاول لما شارك الثانى بخلاف الرهن لانه استيفاء حكما فلا يثبت للثانى بعد ما ثبت للاول كالاستيفاء حقيقة ولان المرتهن حقه ثابت فى المحل حتى يحبسه بحقه ويكون خصما فيه اذا استهلك ويقبض بدله فيكون رهنا مكانه ولا كذلك المقطوع يده فانه لم يثبت حقه فى المحل وانما يثبت له حق التصرف فيه تصرفا يفضى الى قطع اليد والمحل خال عن حقه كما فى القصاص فى النفس ولهذا اذا قطعت يده لا يطالب القاطع بشىء ولو كان حقه ثابتا فيها لطالبه به كالمرتهن فاذا لم يمنع الاول ثبوت حق الثانى فيها استويا فيها فيقطع لهما اذا حضرا معا لعدم الاولوية ويقضى لهما بنصف الدية يقتسمانه نصفين لاستوائهما بخلاف ما اذا كان القصاص فى النفس حيث يكتفى فيه بالقتل لهما ولا يقضى لهما بالدية لما بينا من الفرق فيما تقدم

قال المصنف وان حضر واحد فقطع يده له فللاخر عليه نصف الدية لان للحاضر ان يستوفى حقه ولا يجب عليه التاخير حتى يحضر الاخر لثبوت حقه بيقين وحق الاخر متردد لاحتمال ان لا يطلب او يعفو مجانا او صلحا فصار كاحد الشفيعين اذا حضر والاخر غايب حيث يقضى له بالشفعة فى الكل لما قلنا ثم اذا حضر الاخر بعد القطع للاخر وطلب يقضى له بالدية لان يده اوفى بها حقا مستحقا عليه فيضمنها الموالى ولو قضى بينهما ثم عفى احدهما قبل استيفاء الدية فللاخر القود عند ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله [illegible] الارش لان القاضى بالقضاء اثبت الشركة بينهما فعاد حق كل واحد منهما الى البعض [illegible] يتمكن الاخر من استيفاء الكل ولهما ان الامضاء من القضاء فى [illegible] العفو [illegible] ولو قطع احدهما يد القاطع من المرفق سقط القصاص [illegible] بالقطع ظلما [illegible] ما لو كما اذا قطعها اجنبى او سقطت بافة سماوية ولهما نصف الدية على حاله لانها واجبة قبل قطعها فلا تسقط بالقطع ظلما ثم القاطع الاول بالخيار ان شاء قطع ذراع القاطع وان شاء ضمنه دية اليد وحكومة عدل فى قطع الذراع الى المرفق لان يد القاطع كانت مقطوعة من الكف حين قطع

اى تعاون

يد القاطع الاول من المرفق وكان كالشلاء وعلى هذا لو كان المقطوع يده واحدا فقطع القاطع من المرفق سقط
حقه في القصاص ووجب عليه القصاص وللمقطوع من المرفق الخيار ان شاء قطع من المرفق وان شاء اخذ
الارش لما ذكرنا قال رحمه الله وان اقر عبد بقتل عمدا يقتص به وقال زفر رحمه الله لا يصح اقراره لانه يودي الى
ابطال حق المولى فصار كالاقرار بالقتل خطاء او بالمال ولنا ان العبد غير متهم في مثله لكونه يلحقه
الضرر به فيصح ولان العبد مبقى على اصل الحرية في حق الدم عملا بالادمية الا ترى ان اقرار المولى عليه
بالحدود والقصاص لا يجوز فاذا صح لزم منه بطلان حق المولى ضرورة وذلك لا يضر وكم من شيء
يصح ضمنا وان كان لا يصح قصدا بخلاف الاقرار بالمال لانه اقرار على المولى بابطال حقه قصدا لان موجبه
بيع العبد او الاستسعاء وكذا اقراره بالقتل خطاء لان موجبه دفع العبد او الفداء على المولى ولا
يجب على العبد شيء فلا يصح سواء كان العبد محجورا عليه او ماذونا له في التجارة لانه ليس من باب التجارة
فيكون باطلا قال رحمه الله وان رمى رجلا عمدا فنفذ السهم منه الى اخر فماتا يقتص للاول وللثاني الدية
لان الاول عمد والثاني احد نوعي الخطاء وهو الخطاء في الفعل فكانه رمى الى حربي فاصاب مسلما والفعل
الواحد يتعدد بتعدد اثره

فصل

قال رحمه الله ومن قطع يد رجل ثم قتله اخذ بالامرين
ولو عمدين او خطائين او مختلفين تخلل بينهما برء او لا الا في خطائين لم يتخلل بينهما برء فتجب دية واحدة
كمن ضربه ماية سوط فبرئ من تسعين ومات من عشرة معنى هذا اذا قطع يده ثم قتله يجب عليه موجب
القتل وموجب القطع اذا كانا عمدين او احدهما عمدا والاخر خطاء او كانا خطائين وتخلل بينهما برء الا في
خطائين لم يتخلل بينهما برء فتجب دية واحدة فحاصله ان الكل لا يتداخل الا الخطائين فانهما يتداخلان
فتجب فيهما دية واحدة اذا لم يتخلل بينهما برء وان تخلل بينهما برء لا يتداخلان اما الاول وهو ما اذا
كانا عمدين فالمذكور قول ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يتداخلان فيقتل جزاء ولا تقطع يده لان الجمع بينهما
ممكن لتجانس الفعلين وعدم تخلل البرء بينهما فصار كالخطائين وهذا لان الجمع بين الجراحات واجب
ما امكن لان القتل يقع بضربات غالبا واعتبار كل ضربة على حدتها يودي الى الحرج فيجمع تيسيرا
الا ان لا يمكن بان يختلف حكم الفعلين كالعمد والخطاء او يتخلل البرء بينهما لان البرء قاطع للسراية
فلا يمكن ان يجعل الثاني تتميما للاول فيعتبر كل على حاله وامكن ذلك قبل البرء فصار كسراية الاول
وله ان الجمع متعذر لان حز الرقبة يمنع سراية القطع كالبرء حتى لو صدر من شخصين وجب على كل واحد
منهما القصاص وكذا اذا كانا من شخص واحد يقطع الاولياء يده ثم يقتلونه ان شاؤوا وان شاؤوا قتلوه
من غير قطع لان القصاص يعتمد المساواة في الفعل وذلك بان يكون القتل بالقتل والقطع بالقطع واستيفاء
القطع بالقتل متعذر لاختلافهما حقيقة وحكما ولان المماثلة صورة ومعنى يكون باستيفائهما ولا اكتفاء
بالقتل لم توجد المماثلة الا معنى فلا يصار اليه مع القدرة على المماثلة صورة ومعنى فيخير الولي بخلاف
ما اذا مات من السراية لان الفعل واحد وبخلاف ما اذا كانا خطائين لان الموجب فيه الدية وهي بدل
المقتول واحد فيجب بدل واحد الا ترى ان عشرة لو قتلوا واحدا خطاء يجب عليهم دية واحدة
المحل وان تعدد الفعل ولو قتلوه عمدا قتلوا به جميعا لان القصاص جزاء الفعل وهو متعدد
لان ارش اليد انما كان يجب عليه عند الحز لانه وقت استحكام اثر الفعل ولا [illegible]
حينئذ تجب دية النفس والجزء فيجتمع وجوب بدل الجزء والكل في حالة واحدة وهو محال [illegible]
لو جب بقتل النفس الواحدة ديات كثيرة للاطراف لانها تتلف بتلف النفس اما القطع والقتل قصاصان
فامكن اجتماعهما وبخلاف ما اذا قطع وسرى حيث يكتفى بالقتل لاتحاد الفعل واما الثاني وهو ما اذا
كانا مختلفين بان كان احدهما خطاء والاخر عمدا والثالث وهو ما اذا كانا خطائين وتخلل بينهما برء

فلان الجمع غير ممكن فيهما لاختلاف حكم الفعلين في الاول ولتخلل البرء في الثاني وهو قاطع للسراية فيعطي
لكل فعل حكم نفسه وقوله الا في خطائين لم يتخلل بينهما برء فيجب فيه دية واحدة هذا اخراج عن قوله
اخذ بالامرين اي اخذ بموجبي فعله الا في هذه الصورة فانهما يتداخلان ولا يوخذ الا بالقتل فيجب
فيه دية النفس لا غير وقد بينا وجهه في اثناء البحث وقوله كمن ضربه ماية سوط فبرئ من تسعين
ومات من عشرة يعني تجب فيه دية واحدة كما اذا كان القتل والقطع خطائين ولم يتخلل بينهما برء
وانما كان كذلك لان الضربات التي برئ منها ولم يبق لها اثر سقط ارشها لزوال الشين وهذا عند ابي حنيفة
وعن ابي يوسف فيها حكومة عدل وعن محمد انه يجب فيها اجرة الطبيب وثمن الادوية وتاتي المسئلة
بادلتها في فصل الشجاج ان شاء الله تعالى ولو بقي لها اثر بعد البرء يجب موجبه مع دية النفس بالاجماع
لان الارش يجب باعتبار الشين في النفس وهو ببقاء الاثر قال رحمه الله وان عفى المقطوع عن القطع فمات ضمن
القاطع الدية ولو عفى عن القطع وما يحدث منه او عن الجناية لا والخطاء من الثلث والعمد من كل المال
وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله والعفو عن الشجة كالعفو عن القطع وقالا اذا عفى عن القطع او عن الشجة فهو عفو
عن النفس ايضا حتى اذا مات بعد العفو بالسراية لا يضمن لان العفو اذا اضيف الى الفعل كالقطع والشجة يراد
به موجبه لان نفس الفعل لا يحتمل العفو وموجبه احد الشيئين ضمان الطرف ان اقتصر وضمان النفس
ان سرى فيتناولهما فصار كالعفو عن الجناية او عن القطع وما يحدث منه او عن الشجة وما يحدث منها
ولان اسم القطع والشجة يتناول الساري والمقتصر لان القطع جنس وهما نوعان فصارت السراية
والاقتصار صفتين له الا ترى ان من امر انسانا بقطع يده فقطعها وسرى الى النفس لا يجب له عليه شيء
لان اذنه بالقطع يتناوله فكذا العفو عنه يتناوله وما يحدث منه وهذا لان السبب يذكر ويراد به
المسبب وكذا لو ابرأ المغصوب منه الغاصب عن الغصب كان ذلك ابراء عن موجب الغصب وهو رد العين
عند قيامها ورد القيمة عند هلاكها وكذا لو ابرأ البايع المشتري كان ذلك ابراء عن موجب العيب وهو
الرد عند الامكان والرجوع بالنقصان عند تعذر الرد ولابي حنيفة رحمه الله ان حق المجني عليه في القتل دون
القطع لانه لما سرى تبين انه كان قتلا من الابتداء فعفوه عن القطع يكون عفوا عن غير حقه فيبطل
الا ترى ان من قال لا قطع لي قبل فلان لا يوجب البراءة عن القصاص في النفس ولو كان القطع يتناوله لما
قال لا تقتضي براءته فكذا العفو عن القطع لا يتناول العفو عن القتل لكونهما غيرين فلم يصادف العفو محل حقه
فيبطل ويجب عليه الدية والقياس ان يجب عليه القصاص في النفس لانه قتل نفسا معصومة بغير حق
عمدا الا انا استحسنا فاسقطناه لان صورة العفو اورثت شبهة وهي دارئة للقود وهذا لانه اضاف
العفو الى حقه من حيث الظاهر وذلك يكفي لدرء القصاص لا لسقوط المال لانه يجب مع الشبهة ولان
الساري نوع من القطع وان السراية صفة له بل الساري قتل من الابتداء وتبين ذلك بالسراية وهذا
المعتبر في الجنايات مالها لما ان اصل الفعل قد يكون غير موجب القصاص في النفس ثم يصير موجبا
وقد يكون موجبا القصاص ثم يصير غير موجب له كما اذا قطع يده من المفصل فسرى الى نصف
[illegible] باعتبار المال تبين انه لم يكن له حق في اليد ولهذا لو عفى الولي عن اليد بعد السراية لم يصح
ولو عالجه لصح لامكان الصرف اليه ولان القطع الاول لا يوجب [illegible]
[illegible] المقتصر او القتل فقط ان كان ساريا فلا يوجب للقطع الساري فلا يتناوله العفو
عن القطع لان القطع ليس باسم للقتل ولا هو سبب لوجوب القطع الساري على الجملة حتى يستعار له فلغى
بخلاف العفو عن الجناية او عن القطع وما يحدث منه او عن الشجة وما يحدث منها لان الجناية اسم جنس
يتناول الساري والمقتصر والقتل ابتداء الا ترى انه لو قال لا جناية لي قبل فلان اوجب البراءة عن الكل

بخلاف ما اذا قال لا قطع لى على ما بيناه و العفو عن القطع و ما يحدث منه او عن الشجة و ما يحدث منها صريح
فى العفو عن السراية و اما مسئلة الاذن بالقطع فانما سقط الضمان عن القاطع فيها لانه لما قطعه بامره انتقل
الفعل اليه فصار فى التقدير كانه هو الذى قطع يد نفسه فمات منه ولو كان يتناول السارى لوجب
الضمان على القاطع كما لو قال له اقتلنى فقتله فكان هذا شاهدا لابى حنيفة رحمه الله كما تراه و اما مسئلة الغصب
فلان الغصب سبب لوجوب رد المغصوب او قيمته فجاز استعارته على المسبب وكذا مسئلة الرد بالعيب
بخلاف ما نحن فيه على ما بيناه ولا يرد على هذا ما لو وقع الصلح عن القطع على عبد فاعتقه ثم مات المقطوع
حيث لا ينقض الصلح ولو لم يتناول السارى لانتقض لانا نقول لما اعتقه صار مختارا للامضاء فتضمن
اعتاقه نقض الصلح الاول و التحول الى الصلح عن الجناية او نحو ذلك لانه لا يتم الا به على ما ياتى بيانه من بعد
ان شاء الله تعالى ولو كان القطع خطاء فهو كالعمد فى هذه الوجوه حتى اذا اطلق بان قال عفوت عن اليد كان عفوا
عن دية النفس عندهما و عن دية اليد فقط عنده ولو قال عفوت عن الجناية او عن القطع و ما يحدث منه كان
عفوا عن دية النفس بالاجماع حتى اذا مات منه تسقط كل الدية فيه غير انه يعتبر من الثلث لان موجبه المال
وقد تعلق به حق الورثة فيعتبر من الثلث كما يرامو الم بخلاف ما اذا كان عمدا حيث يصح من جميع المال
لان موجبه القصاص ولم يتعلق حق الورثة به لانه ليس بمال وصار كما لو اعار ارضه فى مرض موته وانتفع
بها المستعير ثم مات المعير حيث ينفذ ذلك من جميع ماله لان المنافع ليست بمال مطلقا وانما تصير مالا
بعقد الاجارة ولم يتعلق حق الورثة بها فى المرض وهو المراد بقوله فالخطا من الثلث والعمد من كل المال

قال رحمه الله وان قطعت امراة يد رجل عمدا فتزوجها على يده ثم مات فلها مهر مثلها و الدية فى مالها و على
عاقلتها لو خطاء وهذا عند ابى حنيفة رحمه الله لان العفو عن اليد او عن القطع لا يكون عفوا عما يحدث منه عنده
فكذا التزوج على اليد او على القطع لا يكون تزوجا على ما يحدث منه عنده ثم ان كان القطع عمدا فهذا تزوج
على القصاص فى الطرف وهو ليس بمال على تقدير الاستيفاء و على تقدير السقوط اولى لانها لا يمكنها ان تستوفى
القصاص من نفسها فاذا لم يكن مالا لا يصلح مهرا فيجب لها عليه مهر المثل ولانا قلنا القصاص لا يجرى بين الرجل
والمراة فى الطرف فكيف يكون تزوجا عليه لانا نقول الموجب الاصلى للعمد القصاص لاطلاق قوله تعالى
والجروح قصاص وانما سقط للتعذر ثم يجب عليها الدية لان التزوج وان تضمن العفو لكن عن القصاص
فى الطرف فاذا سرى تبين انه قتل ولم يتناوله العفو فتجب الدية لعدم صحة العفو عن النفس وذلك فى مالها
لانه عمد و العاقلة لا تتحمله و القياس ان يجب القصاص فى النفس على ما بينا فاذا اوجبت له الدية و لها المهر تقاصا
ان استويا قدرا و وصفا وان كان احدهما اكثر رجع صاحبه على الاخر وان كان القطع خطاء يكون تزوجا على
ارش اليد واذا سرى الى النفس تبين انه لا ارش لليد وان المسمى معدوم فيجب مهر المثل كما اذا تزوجها
على ما فى يده ولا شيء فيها والدية واجبة بنفس القتل لانه خطاء ولا يقع المقاصة لان الدية على العاقلة
بخلاف ما اذا كان عمدا لان الدية عليها والمهر على الزوج فلا فائدة فى استيفاء كل واحد منهما حقه

قال رحمه الله وان تزوجها على اليد وما يحدث منها او على الجناية فمات منه فلها مهر مثلها لان
على القصاص وهو ليس بمال فلا يصلح مهرا فيجب مهر المثل كما لو تزوجها على خمر او خنزير
[illegible] عمدا لانه رضى بسقوط القصاص على انه يصير مهرا وهو لا يصلح [illegible]
[illegible] اذا سقط القصاص بشرط ان يصير مالا فانه يسقط مجانا **قال رحمه الله** ولو خطاء [illegible]
مهر مثلها ولهم ثلث ما ترك وصية لان التزوج على اليد وما يحدث منها او على الجناية تزوج على موجبها
وموجبها الدية هنا وهى تصلح مهرا فتصح التسمية لانه بقدر مهر مثلها يعتبر من جميع المال لانه ليس
فيه محاباة والمريض لا يحجر عليه عن التزوج لانه من الحوائج الاصلية فينفذ قدر مهر المثل من جميع المال

وما زاد على ذلك من الثلث لانه تبرع و الدية تجب على عاقلتها وقد صارت مهرا فتسقط كلها عنهم ان
كان مهر مثلها الدية او اكثر ولا ترجع عليهم بشيء لانهم كانوا يتحملون عنها بسبب جنايتها فاذا صار ذلك
ملكا لها سقط عنهم فلا يغرمون لها وان كان مهر مثلها اقل من الدية سقط عنهم قدر مهر مثلها لما ذكرنا
وما زاد على ذلك ينظر فان خرج من الثلث سقط عنهم ايضا لانه وصية لهم فيصح لانهم اجانب وان كان
لا يخرج من الثلث سقط عنهم قدر الثلث وادوا الزيادة الى الولى لان الوصية لا نفاذ لها الا من الثلث
ثم قيل لا يسقط قدر نصيب القاتل لان الوصية للقاتل لا تصح و الاصح انه يسقط كله لانه اوصى لمن
تجوز له الوصية ولمن لا تجوز له الوصية فيكون الكل لمن تجوز له الوصية كمن اوصى لحى وميت فان
الوصية كلها تكون للحى ولانه لو لم يسقط نصيبه لكان ذلك القدر هو الواجب بالقتل فيتحمله العاقلة
عنه فيقسم بينهم فما اصاب العاقلة يسقط لما ذكرنا وما اصاب القاتل يكون هو الواجب بالقتل فيقسم ايضا
فيلزم قتل ذلك من نصيبه منها ايضا ثم هكذا وهكذا الى ان لا يبقى منه شيء فلو ابطلنا الوصية فى
حصته ابتداء لزمنا تصحيحها انتهاء فصححنا ابتداء قصرا للمسافة وقال ابو يوسف ومحمد كذلك الجواب
فيما اذا تزوجها على اليد ايضا لان العفو عن اليد عفو عما يحدث منه عندهما فصار الجواب فى الفصلين واحدا
عندهما **قال رحمه الله** ولو قطع يده فاقتص له فمات الاول قتل به اى لو ان رجلا قطع يد رجل فاقتص له فمات
المقطوع الاول قتل المقطوع الثانى به وهو القاطع الاول قصاصا لانه تبين ان الجناية كانت قتلا عمدا
وحق المقتص له فى القصاص فى النفس و استيفاء القطع لا يوجب سقوط حقه فى القتل لان من له القصاص
فى النفس اذا قطع طرف من عليه القصاص ثم قتله لا يجب عليه شيء الا انه مسيء الا ترى انه لو احرقه بالنار
لا يجب عليه شيء غير الاساءة فاذا بقى له فيه القصاص فوارثه يقوم مقامه وعن ابى يوسف انه يسقط حقه
فى القصاص لان اقدامه على القطع دليل على انه ابراه عن غيره قلنا انما اقدم عليه على ظن ان حقه
لا حق له غيره وبعد السراية تبين انه حقه فى القود فلم يكن مبريا عنه بدون علمه ولو مات المقتص منه
وهو المقطوع قصاصا من القطع فديته على عاقلة المقتص له عند ابى حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد و الشافعى
لا شيء عليه لانه استوفى حقه وهو القطع فسقط حكم السراية اذ الاحتراز عن السراية خارج عن وسعه
فلا يتقيد بشرط السلامة كيلا ينسد باب القصاص فصار كالامام اذا قطع يد السارق فسرى الى النفس ومات
وكالبزاغ و الفصاد و الحجام و الختان وكما لو قال لغيره اقطع يدى فقطعها ومات وهذا لان السراية تبع لابتداء
الجناية فلا يتصور ان يكون ابتداء الفعل غير مضمون وسرايته مضمونة ولابى حنيفة رحمه الله ان حقه فى القطع
و الموجود قتل حتى لو قطع ظلما كان قتلا فلم يكن مستوفيا حقه فيضمن وكان القياس ان يجب القصاص
الا انه سقط للشبهة فوجبت الدية بخلاف ما ذكروا من المسائل لان اقامة الحد واجب على الامام
الفعل واجب على غيره من البزاغ و الفصاد و الحجام و الختان بالعقد واقامة الواجب لا يتقيد بشرط
السلامة وفى مسئلتنا الولى مخير بل العفو مندوب اليه فيكون من باب الاطلاق كالمرور على الطريق
[illegible] فيتقيد بشرط السلامة **قال رحمه الله** وان قطع يد القاتل ثم عفى ضمن القاطع دية اليد
[illegible] حنيفة رحمه الله وقالا لا شيء عليه لانه قطع يدا من نفس لو اتلفها لا يضمن كما لو قطع يد مرتد
[illegible] وهذا لانه استحق اتلافه بجميع اجزائه اذا الوجود تبع النفس
[illegible] لهذا لو لم يعف لا يجب عليه ضمان اليد وكذا اذا عفى [illegible] النفس شيئا
[illegible] قطع ثم عفى وما سرى [illegible] بعد [illegible] كما لو كان له
قصاص فى اليد فقطع اصابعه ثم [illegible] اليد [illegible] ارش الاصابع و الاصابع من الكف كالاطراف
[illegible] النفس ولابى حنيفة رحمه الله انه استوفى غير حقه فيضمن وهذا لان حقه فى القتل لا فى القطع وكان القياس

ان يجب القصاص لانه سقط الشبهة اذ كان له ان يتلف الطرف تبعا للنفس واذا سقط القود وجبت الدية
وانما لم يضمن في الحال لاحتمال ان يصير قتلا بالسراية فيظهر انه استوفى حقه وحقه في الطرف ثبت ضرورة
ثبوت حق القتل وحقه الضرورة عند الاستيفاء لا قبله فاذا وجد الاستيفاء ظهر حقه في الاطراف تبعا
واذا لم يستوف لم يظهر حقه في الاطراف لا اصلا ولا تبعا فتبين انه استوفى غير حقه فاما اذا لم يعف
فانما لم يضمن لمانع وهو قيام الحق في النفس لا سيما له ان يهلك قتله ويكون اطرافه مضمونة عليه فاذا
زال المانع بالعفو ظهر حكم السبب واذا سرى فهو استيفاء القتل فتبين ان العفو كان بعد الاستيفاء ولو
قطع وما عفى وبرى فهو على الخلاف في الصحيح ولو قطع ثم جز رقبته قبل البرء فهو استيفاء لان القطع
انعقد على وجه يحتمل السراية فكان جز الرقبة تتميما لما انعقد له القطع فلا يضمن حتى لو جز رقبته بعد
البرء فهو على الخلاف في الصحيح على ان الاسلم ظهور حقه عند الاستيفاء في التوابع وانما دخلت في النفس
لعدم امكان التحرز عن اتلافها والاصابع تابعة قياما والكف تابع لها عرضا لان منفعة البطش تقوم بالاصابع
بخلاف الطرف فانه تابع للنفس من كل وجه والله اعلم

باب الشهادة في القتل قال رحمه الله

لا يقيد حاضر بحجة اذا اخوه غاب عن خصومته فان يعد فلا بد من اعادته ليقتلا ولو خطا او دينا لا
اى اذا قتل شخص وله وليان حاضر وغايب فاقام الحاضر البينة على القتل لا يقتل القاتل قصاصا فان عاد الغايب
فليس لهما ان يقتلاه بتلك البينة بل لا بد لهما من اعادة البينة ليقتلاه وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
لا يعيد ولو كان القتل خطاء او دينا لا يعيدها بالاجماع واجمعوا على ان القاتل يحبس اذا اقام الحاضر البينة
لانه صار متهما بالقتل والمتهم يحبس واجمعوا على انه لا يقضى بالقصاص ما لم يحضر الغايب لان المقصود
من القصاص الاستيفاء والحاضر لا يتمكن من الاستيفاء بالاجماع بخلاف ما اذا كان خطاء او دينا لانه يتمكن
من الاستيفاء لهما في الخلافية ان البينة متى اقامها من له الخصومة تكون معتبرة ملزمة فلا يجب اعادتها
بعد ذلك واحد الورثة ينتصب خصما عن نفسه وعن شركائه فيما يدعى للميت وعلى الميت كما في دعوى
الخطاء ودعوى المال والقصاص موروث عن الميت حتى يجري فيه سهام الورثة ويصح عفوه قبل الموت ويقضى
ديونه منه اذا انقلب مالا وكذا انفذ وصاياه منه كما في الدية فاذا لم تجب اعادة البينة في احد بدلي
الدم وهو الدية فكذا في البدل الاخر وهو القصاص ولابي حنيفة رحمه الله ان القصاص غير موروث لانه يثبت
بعد الموت للتشفي ودرك الثار والميت ليس من اهله وانما يثبت للورثة ابتداء بطريق الخلافة بسبب
انعقد للميت اى يقومون مقامه فيستحق له ابتداء من غير ان يثبت للميت كالعبد يقبل الهبة يقع الملك
فيها للمولى ابتداء بطريق الخلافة عنه وانما كان كذلك لان القصاص ملك الفعل في المحل بعد موت المجروح
ولا يتصور الفعل من الميت ولهذا صح عفو الورثة قبل موت المجروح وانما صح عفو المجروح لان السبب
انعقد له وفي قوله تعالى ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا نص على ان القصاص يثبت للوارث ابتداء
بخلاف الدية والدين لان الميت اهل لملك المال ولهذا لو نصب شبكة فتعلق به صيد بعد موته
يملكه واصل الاختلاف راجع الى ان استيفاء القصاص حق الورثة عنده وحق الميت عندهما
القصاص يثبت حقا للورثة عنده ابتداء لا ينتصب احدهم خصما عن الاخرين في اثبات
[illegible] الحاضر البينة لا يثبت القصاص في حق الغايب فيعيدها بعد حضوره
ولا يلزمه ان القصاص [illegible] انقلب مالا يصير حقا للميت لانه اذا انقلب مالا صار [illegible]
عضا رمفيد الخلاف القصاص ولا يصح [illegible] عفو الموروث لانه [illegible] في جواب الاستحسان
لوجود سببه على ما بينا وهو معارض بعفو الوارث فانه يجوز ايضا قبل موت الموروث بعد الجرح استحسانا
لوجود السبب فلولا ان الحق يثبت له ابتداء لما صح عفوه قال رحمه الله فان اثبت القاتل عفو الغايب لم يقتل

معناه ان القاتل لو اقام بينة ان الغايب قد عفى كان الحاضر خصما وسقط القصاص لانه ادعى حقا على الحاضر
وهو سقوط حقه في القصاص وانقلاب نصيبه مالا ولا يتمكن من اثباته الا باثبات العفو من الغايب
فانتصب الحاضر خصما عن الغايب في الاثبات عليه بالبينة فاذا قضى عليه صار الغايب مقضيا عليه تبعا له
قال رحمه الله وكذا لو قتل عبدهما واحدهما غايب اى لو كان عبد بين رجلين فقتل عمدا واحد المولين غايب
فحكمه مثل ما ذكرنا في الوليين حتى لا يقتل ببينة اقامها الحاضر من غير اعادة البينة بعد عود الغايب ولو اقام
القاتل البينة ان الغايب قد عفى فالشاهد خصم ويسقط القصاص لما بينا فحاصله ان هذه المسئلة مثل الاولى
في جميع ما ذكرنا الا انه اذا كان القتل عمدا او خطاء لا يكون الحاضر خصما عن الغايب بالاجماع والفرق لهما في
الكل ولابي حنيفة رحمه الله في الخطاء ان احد الورثة خصم عن الباقين على ما بينا ولا كذلك المولين على
ما عرف في موضعه قال رحمه الله وان شهد وليان بعفو ثالثهما لغت اى اذا كان اولياء المقتول ثلاثة فشهد
اثنان منهم على الثالث انه عفى فشهادتهما باطلة لانهما يجران الى انفسهما نفعا وهو انقلاب القود مالا
وهو عفو منهما لانهما زعما ان القصاص قد سقط وزعمهما معتبر في حق انفسهما قال رحمه الله فان صدقهما
القاتل فالدية لهم اثلاثا اى صدقهما القاتل دون الولي المشهود عليه لانه بتصديقه اياهما اقر لهما
بثلثي الدية فيلزمه لكن يزعمون كلهم ان نصيب الولي المشهود عليه قد سقط بعفوه وهو ينكر فلم يقبل قولهم
عليه وتحول نصيبه ايضا مالا فوجب عليه كل الدية قال رحمه الله وان كذبهما فلا شيء لهما وللاخر ثلث الدية
اى ان كذبهما القاتل ايضا بعد ان كذبهما الولي المشهود عليه بالعفو فلا شيء للوليين الشاهدين لانهما
بشهادتهما عليه بالعفو اقرا ببطلان حقهما في القصاص فصح اقرارهما في حق انفسهما وادعيا انقلابه مالا
فلا تصدق دعواهما الا ببينة وللولي المشهود عليه ثلث الدية لان دعواهما العفو عليه وهو ينكر
بمنزلة ابتداء العفو منهما في حق المشهود عليه فينقلب نصيبه مالا لان سقوط القصاص مضاف اليهما
وان صدقهما الولي المشهود عليه وحده دون القاتل ضمن القاتل ثلث الدية للولي المشهود عليه لانه
اقر له بذلك فان قيل كيف يكون له الثلث وهو قد اقر انه لا يستحق على القاتل شيئا بدعواه العفو
قلنا ارتد اقراره بتكذيب القاتل اياه فوجب له ثلث الدية عليه وفي الجامع الصغير كان هذا الثلث للشاهدين
لا للمشهود عليه وهو الاصح لان المشهود عليه يزعم انه قد عفى ولا شيء له وللشاهدين على القاتل ثلثا الدية
دينا في ذمته والذي في يده وهو ثلث الدية مال القاتل وهو من جنس حقهما فيصرف اليهما لاقراره لهما
بذلك كمن قال لفلان على الف درهم فقال المقر له ليس ذلك لي وانما كانت لفلان فانه يصرف اليه فكذا
هنا وهذا كله استحسان والقياس ان لا يلزم القاتل شيء لان ما ادعاه الشاهدان على القاتل لم يثبت
لانكاره وما اقر به القاتل للمشهود عليه قد بطل باقراره بالعفو لكونه تكذيبا له وجوابه ان القاتل
تكذيبه الشاهدين اقر للمشهود عليه بثلث الدية لزعمه ان القصاص قد سقط بشهادتهما كما اذا
اى المقر لهما كذب القاتل حقيقة بل اضاف الوجوب الى غيره بجعل الواجب للشاهدين وفي مثله لا
[illegible] كمن قال لفلان على كذا فقال المقر له ليس لي ولكنه لفلان على ما بينا قال رحمه الله وان شهدا
انه ضربه [illegible] لم يزل صاحب فراش حتى مات يقتص لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة وفي ذلك القصاص
على ما بينا [illegible] الشهادة على قتل العمد يتحقق على هذا الوجه لانه اذا كان مخطيا لا [illegible] ان يطلقوه بل
يقولون [illegible] فاصابه لان الموت بسبب الضرب انما يعرف اذا اصابه بالضرب صاحب فراش ودام
ذلك حتى مات [illegible] اذا شهدا انه ضربه بشيء جارح قال رحمه الله وان اختلف شاهدا القتل في زمان
او المكان او فيما وقع به القتل او قال احدهما قتله بعصا وقال الاخر لم ادر بماذا قتله بطلت لان القتل
لا يتكرر فان القتل في زمان او مكان غير القتل في مكان اخر او زمان اخر وكذا القتل بالة غير القتل بالة اخرى

ويختلف الاحكام باختلاف الالة فكان على كل قتل شهادة فرد فلم تقبل ولان اتفاق الشاهدين شرط القبول
ولم يوجد ولان القاضي تيقن بكذب احدهما لاستحالة اجتماع ما ذكرنا فلو تقبل عليه وكذا لو كمل النصاب
في كل واحد منهما ليتيقن القاضي بكذب احد الفريقين وعدم الاولوية بالقبول بخلاف ما اذا كمل احد
الفريقين دون الاخر حيث يقبل الكامل منهما لعدم المعارض واما اذا بين احدهما الالة وقال الاخر لا ادري
بماذا قتله فلان المطلق يغاير المقيد لانه معدوم والمقيد موجود فاختلفا وكذا ايضا حكمهما مختلف فان
من قال قتله بعصى يوجب الدية على العاقلة ومن قال لا اعلم على القاتل فاختلف المشهود به فبطلت
وهو المراد بقوله او قال احدهما قتله بعصى وقال الاخر لم ادر بماذا قتله وكذا لو شهد احدهما بالقتل
معاينة والاخر على اقرار القاتل بذلك كان باطلا لاختلاف المشهود به فان احدهما فعل والاخر قول
قال رحمه الله وان شهدا انه قتله وقالا لا ندري باي شيء قتله وجب فيه الدية في ماله استحسانا والقياس
ان لا تقبل هذه الشهادة اصلا لانهما شهدا بقتل مجهول لان الالة اذا جهلت فقد جهل القتل لان القتل يختلف
حكمه باختلاف الالة فيكون هذا غفلة من الشهود وجه الاستحسان انهما شهدا بقتل مطلق والمطلق ليس
بمجمل لامكان العمل به فيجب اقل موجبيه وهو الدية ولا يحمل قولهما لا ندري على الغفلة بل يحمل على انهما
سعيا الدرء المندوب اليه في العقوبات احسانا للظن بهما ومثل ذلك سائغ شرعا لان الشرع اطلق الكذب
في اصلاح ذات البين على ما قال عليه السلام ليس بكذاب من يصلح بين اثنين فقال خيرا او نمى خيرا فهذا مثله او احق
منه فيحمل عليه فلا يثبت جهلهما او اختلافهما بالشك وانما وجبت الدية في ماله دون العاقلة لان المطلق
يحمل على الكامل فلا يثبت الخطاء بالشك قال رحمه الله وان اقر كل واحد منهما انه قتله فقال الولي قتلتماه جميعا
فله قتلهما ولو كان مكان الاقرار شهادة لغت اي اذا اقر رجلان كل واحد منهما انه قتل فلانا فقال الولي
قتلتماه جميعا فله ان يقتلهما وان شهد اثنان على رجل انه قتل فلانا وشهد اخران على اخر انه قتله وقال الولي
قتلتماه جميعا بطلت الشهادة وليس له ان يقتل واحدا منهما وهو المراد بقوله لو كان مكان الاقرار شهادة لغت
والفرق بينهما ان كل واحد منهما اي من الاقرار او الشهادة يقتضي ان كل القتل وجد من المقر او المشهود عليه
ومقتضاه ان يجب عليه القصاص وحده لان معنى قوله انا قتلته انفردت بقتله وكذا قول الشهود قتله
فلان يوجب انفراده بالقتل وقول الولي قتلتماه تكذيب لبعضه حيث ادعى اشتراكهما في القتل فكانه
قال لم ينفرد بقتله بل شاركه اخر وهذا القدر من التكذيب يمنع قبول الشهادة لادعاء حريته فسقهم به
دون الاقرار لان فسق المقر لا يمنع صحة الاقرار ولو قال في الاقرار صدقتما ليس له ان يقتل واحدا منهما لان
تصديقه كل واحد منهما تكذيب للاخر لان كل واحد منهما يدعي الانفراد بالقتل فتصديقه يوجب ذلك
فصار كانه قال لكل واحد منهما قتلته وحدك ولم يشاركك فيه احد كما تقول فيكون مقرا بان الاخر لم يقتله
بخلاف الاول وهو ما اذا قال قتلتماه لانه دعوى القتل من غير تصديق لهما فيقتلهما باقرارهما ولو اقر رجل
انه قتله وقامت البينة على اخر انه قتله وقال الولي قتلتماه كلاهما كان له ان يقتل المقر دون المشهود
لان فيه تكذيبا للبعض موجبه على ما مر وعلى هذا لو قال لاحد المقرين صدقت انت قتلته وحدك
له ان يقتله لانهما تصادقا على وجوب القتل عليه وحده وكذا اذا قال لاحد المشهود عليهما
[illegible] تكذيب شهوده عليه وانما كذب الاخرين وكذلك الحكم في الخطا

باب في اعتبار حالة القتل قال رحمه الله المعتبر حالة الرمي لان الرمي
[illegible] فوجب اعتبار حاله في حق الحل والضمان عندك قال رحمه الله فيجب الدية بردة المرمي اليه قبل الوصول
اي اذا رمى رجل رجلا مسلما فارتد المرمي اليه والعياذ بالله تعالى قبل وصول السهم اليه ثم وقع به السهم
يجب على الرامي الدية وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا شيء عليه لان التلف حصل في محل

لا عصمة له واتلاف غير المعصوم هدر وهذا لانه بالارتداد اسقط تقوم نفسه فيكون مبريا للرامي
عن موجبه فصار كما اذا ابرأه في هذه الحالة وهذا لان اخراج نفسه عن التقوم كالابراء الا ترى ان المغصوب
منه اذا اعتق العبد المغصوب برئ الغاصب من الضمان ولابي حنيفة رحمه الله ان الضمان يجب بفعله وهو
الرمي اذ هو الذي يدخل تحت قدرته دون الاصابة ولا فعل له اصلا بعده فيصير قاتلا بالرمي والمرمي اليه
متقوم في تلك الحالة الا ترى انه لو رمى الى صيد وهو مسلم ثم ارتد والعياذ بالله تعالى فاصاب السهم
الصيد وهو مرتد فجرح الصيد ومات حل اكله وكذا لو كفر بعد الرمي قبل الاصابة جاز تكفيره فكان
العبرة بحالة الرمي وكان القياس ان يجب القصاص لما ذكرنا ولكن فيه شبهة لسقوط العصمة في حالة
التلف فيجب الدية قال رحمه الله لا باسلامه اي لا يجب شيء باسلام المرمي اليه بان رمى الى حربي او الى مرتد
فاسلم قبل الاصابة ثم اصابه بعدما اسلم وهذا بالاجماع لان الرمي لم ينعقد موجبا للضمان لعدم تقوم المحل
فلا ينقلب موجبا بصيرورته متقوما بعد ذلك وهذا علة تشهد لابي حنيفة رحمه الله قال رحمه الله والقيمة
بعتقه اي تجب القيمة بعتقه معناه ان رجلا لو رمى الى عبد فاعتقه المولى بعد الرمي قبل الاصابة ثم اصابه
فمات منه لزمته القيمة وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال محمد رحمه الله عليه فضل ما بين قيمته مرميا الى غير
مرمي لان العتق قاطع للسراية واذا انقطعت بقي مجرد الرمي وهو جناية تنتقص بها قيمة المرمي اليه بالاضافة
الى ما قبل الرمي فيجب عليه ذلك حتى لو كانت قيمته الف درهم قبل الرمي وثمانماية بعده لزمه مايتان
لان العتق قاطع للسراية الا ترى ان من قطع يد عبد ثم اعتقه مولاه ثم مات منه لا يجب عليه الا ارش
اليد مع النقصان الذي نقصه القطع الى العتق وهو بنفس الرمي صار جانيا عليه لانه يوجب النقصان
كالقطع ولابي حنيفة رحمه الله ان الرامي يصير قاتلا له من وقت الرمي وهو مملوك في تلك الحالة فيجب قيمته
لما مر ان المعتبر حالة الرمي فلم يختلف المستحق في تلك الحالة بخلاف القطع والجرح لان كل واحد منهما اتلاف
لبعض المحل والاتلاف يوجب الضمان للمولى لانه ورد على محل مملوك له ثم اذا سرى لا يوجب شيئا
لانه لو اوجب شيئا لوجب للعبد لانقطاع حق المولى عنه وظهور حقه فيه فتصير النهاية مخالفة
البداية فصار ذلك كتبدل المحل وعند تبدل المحل لا تبدل السراية فكذا هذا اما الرمي فقبل الاصابة
ليس باتلاف شيء منه لانه لا اثر له في المحل وانما قلت فيه الرغبات فلا يجب به الضمان قبل الاتصال بالمحل
ولكن انعقد الرمي علة تامة لايجاب الضمان عند الاتصال بالمحل وعند الاتصال بالمحل يستند
الوجوب الى وقت الانعقاد فلا تخالف النهاية البداية فيجب قيمته للمولى وقال زفر عليه الدية
لان الرمي انما صار علة عند الاصابة اذ الاتلاف لا يصير علة من غير تلف يتصل به ووقت التلف المتلف
حر فيجب ديته وابو يوسف مع ابي حنيفة رحمهما الله والفرق له بين هذا وبين ما تقدم من مسئلة الارتداد
انه اعترض على الرمي ما يبطل عصمة المحل فيما تقدم فجعل ذلك بمنزلة الابراء اما هنا اعترض على
ما يؤكد عصمة المحل وهو الاعتاق فلا يبطل به الجناية قال رحمه الله ولا يضمن الرامي برجوع شاهد
الرجم معناه اذا قضى القاضي برجم رجل فرماه رجل ثم رجع احد الشهود بعد الرمي قبل
[illegible] فوقع عليه الحجر فلا شيء على الرامي لما ان المعتبر حالة الرمي وهو مباح الدم فيها
قال رحمه الله [illegible] الصيد بردة الرامي لا باسلامه معناه اذا رمى مسلم صيدا [illegible] وقوع السهم
بالصيد [illegible] رماه وهو مجوسي فاسلم قبل الوقوع لا يحل لان المعتبر حالة الرمي في حق الحل
والحرمة اذ الرمي هو الذكاة لانه فعله ويدخل تحت قدرته لا الاصابة فتعتبر الاهلية وعدمها
عنده قال رحمه الله ووجب الجزاء عليه لا باحرامه اي لو رمى محرم صيدا فحل قبل الاصابة ثم اصابه يجب
عليه الجزاء وان رماه وهو حلال فاحرم قبل الاصابة فوقع على الصيد وهو محرم لا يجب عليه الجزاء

لان الجزاء يجب بالتعدي وهو الرمي في حالة الاحرام ووجد ذلك في الاول دون الثاني والاصل في مسائل
هذا الباب ان يعتبر وقت الرمي بالاتفاق وانما عدل ابو يوسف ومحمد عن ذلك فيما اذا رمى الى مسلم فارتد
والعياذ بالله تعالى قبل الاصابة باعتبار انه صار مبريا له على ما بيناه في اول هذا الفصل والله اعلم

كتاب الديات

الدية اسم للمال الذي هو بدل النفس وهو مصدر يقال ودى
القاتل المقتول اذا اعطى وليه ذلك ثم سمي ذلك المال بالدية تسمية للمفعول بالمصدر قال رحمه الله دية
شبه العمد مائة من الابل ارباعا من بنت مخاض الى جذعة اي خمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون
بنت لبون وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد
والشافعي رحمه الله ثلاثون حقة وثلاثون جذعة واربعون ثنية في بطونها اولادها لقوله عليه السلام الا ان
قتيل الخطاء العمد بالسوط والعصى والحجر فيه دية مغلظة مائة من الابل اربعون منها من ثنية الى بازل
عامها كلهن خلفة ولانه لا خلاف ان التغليظ فيه واجب لشبهة العمد ومعنى التغليظ يتحقق بايجاب سن
لا يجب في الخطاء ولهما ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى في الدية بمائة من الابل ارباعا ومعلوم انه لم يرد به
الخطاء لانها تجب فيه اخماسا فعلم ان المراد به شبه العمد ولانه لا خلاف بين الامة ان الدية مقدرة بمائة
من الابل قال عليه السلام في نفس المؤمن مائة من الابل فلو اوجبنا الخلفات لزاد الواجب على المائة من وجه
لان ما في بطنها حيوان من وجه وله عرضية الانفصال فصار ذلك ايجاب الزيادة على تقدير الشرع فلا يجوز
وما رواه غير ثابت لان الصحابة رضي الله عنهم اختلفوا في صفة التغليظ فمذهب ابن مسعود رضي الله عنه ارباعا
مثل مذهبنا ومذهب علي رضي الله عنه اثلاثا ثلاثة وثلاثون حقة وثلاثة وثلاثون جذعة واربعة
وثلاثون خلفة ومذهب عثمان رضي الله عنه يجب اثلاثا من كل جنس ثلاثة وثلاثون وثلث ومذهب عمر وزيد
بن ثابت والمغيرة وابي موسى اثلاثا كمذهبهما ولم تجر المحاجة به بينهم ولو كان صحيحا لجرت ولو وقع الاتفاق
بينهم ولا يعارضونا بمثله لانا نقول اذا تعارضت الاخبار كان الاخذ بالمتيقن به وهو الادنى اولى ولان
الدية عوض النفس والحامل لا يجوز ان تستحق في شيء من المعاوضات لوجهين احدهما ما ذكرنا من الزيادة
والثاني ان صفة الحمل لا يمكن الوقوف على حقيقتها وكذلك لا يجب اللعان بنفي الحمل ولان الدية على العاقلة
بطريق الصلة منهم للقاتل بمنزلة الصدقات والشرع نهانا عن اخذ الحامل في الصدقات لكونها من كرايم
الاموال فكذا في الديات قال رحمه الله ولا تتغلظ الا في الابل لان الشرع ورد به وعليه الاجماع والمقدرات لا
تعرف الا سماعا اذ لا مدخل للراي فيها فلم يتغلظ بغيره حتى لو قضى به القاضي لا ينفذ قضاؤه لعدم
التوقيف في التقدير بغير الابل قال رحمه الله ودية الخطاء مائة من الابل اخماسا ابن مخاض وبنت مخاض وبنت
لبون وحقة وجذعة اي دية الخطاء مائة من الابل اخماسا ابن مخاض الى اخره اي خمسة ابن مخاض وخمسة
بنت مخاض وخمسة بنت لبون وخمسة حقة وخمسة جذعة فاذا كان اخماسا يكون من كل نوع من هذه الانواع
عشرون لما روى ابن مسعود رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال في دية الخطاء عشرون حقة وعشرون جذعة
وعشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن مخاض ذكر رواه ابو داود والترمذي
والشافعي رحمه الله اخذ بمذهبنا غير انه قال يجب عشرون ابن لبون مكان ابن مخاض والحجة عليه
ما قلناه ... بن مخاض مقام ابن لبون فكان اليق بحال المخطئ ولان الشرع جعل ...
بنت مخاض في الزكاة حيث اخذه مكانها فايجاب عشرين منه مع العشرين من بنت مخاض ...
بنت مخاض وذلك لا يليق بل لا يجوز لعدم التغاير وذلك لانه عليه السلام لم يرد بتغيير ... الا التخفيف
ولا يتحقق فيه التخفيف فلا يجوز قال رحمه الله او الف دينار او عشرة الاف درهم اي الدية من الذهب الف
دينار ومن الورق عشرة الاف درهم وقال مالك والشافعي اثنا عشر الف درهم لما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما

٢٧٧

ان رجلا قتل فجعل النبي صلى الله عليه وسلم ديته اثني عشر الفا رواه ابو داود والترمذي ولانه لا خلاف
انها من الدنانير الف دينار وكانت قيمة الدينار على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم اثني عشر درهما
ولنا ما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالدية في قتيل بعشرة الاف درهم وما قلناه
اولى للتيقن به لانه اقل او نحمل ما رواه على وزن خمسة وما رويناه على وزن ستة وهكذا كانت دراهمهم
في زمان النبي صلى الله عليه وسلم الى زمان عمر رضي الله عنه على ما حكاه الخبازي في كتاب الزكاة فانه قال كانت
الدراهم على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاثة منها وزن عشرة اي العشرة منه وزن عشرة دنانير
فوقها الدينار والثاني وزن ستة اي العشرة منه وزن ستة دنانير والثالث وزن خمسة اي العشرة
منه وزن خمسة دنانير فجمع عمر رضي الله عنه بين الثلاثة فخلطه فجعله ثلاثة دراهم فصار ثلث المجموع
درهما فكشف هذا ان الدينار عشرون قيراطا فوزن العشرة يكون مثله عشرون قيراطا ضرورة استوائهما
ووزن الستة يكون نصف الدينار وعشرة فيكون اثني عشر قيراطا ووزن الخمسة يكون نصف الدينار
فيكون عشرة قراريط فيكون المجموع اثنين واربعين قيراطا فاذا جعلناها اثلاثا صار كل ثلث اربعة عشر
قيراطا وهو الذي كان عليه دراهمهم فاذا حملنا ما رواه الشافعي على وزن خمسة وما رويناه على وزن ستة
استويا والذي يرجح مذهبنا ما روي ان الواجب في الجنين خمسمائة درهم وهو عشر دية الام عنده سواء
كان ذكرا او انثى وعندنا عشر دية نفسه ان كان انثى ونصف العشر ان كان ذكرا فعلم بذلك ان دية الام
خمسة الاف ودية الرجل ضعف ذلك وهو عشرة الاف ولانا اجمعنا انها من الذهب الف دينار والدينار
متقوم في الشرع بعشرة دراهم الا ترى ان نصاب الفضة في الزكاة مقدر بمائتي درهم ونصاب الذهب
فيها بعشرين دينارا فيكون غنيا بهذا القدر من كل واحد منهما اذ الزكاة لا تجب الا على الغني فعلم بذلك
على ما ضرورة ان الدينار متقوم بعشرة دراهم ثم الخيار في هذه الانواع الثلاثة الى القاتل لانه هو الذي
يجب عليه فيكون الخيار اليه كما في كفارة اليمين ولا تثبت الدية الا من هذه الانواع الثلاثة عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا يجب منها ومن البقر مائتا بقرة ومن الغنم الفا شاة ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان لما روي عن
جابر رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم فرض في الدية على اهل الابل مائة من الابل وعلى اهل البقر مائتي بقرة
وعلى اهل الشاء الفي شاة وعلى اهل الحلل مائتي حلة رواه ابو داود وكان عمر رضي الله عنه يقضي بذلك
على اهل كل مال كما ذكرنا وكل حلة ثوبان ازار ورداء هو المختار وفي النهاية قيل في زماننا قميص وسراويل
وله ان التقدير انما يستقيم بشيء معلوم المالية وهذه الاشياء مجهولة المالية ولهذا لا يقدر بها
ضمان المتلفات والتقدير بالابل عرف بالاثار المشهورة ولم يوجد ذلك في غيرها فلا يعدل عن القياس والاثار
التي وردت فيها يحتمل القضاء بها بطريق الصلح فلا يلزم حجة وذكر في المعاقل انه لو صالح على الزيادة على مائتي حلة
او على مائتي بقرة لا يجوز وقيل تأويله انه قولهما قال رحمه الله وكفارتهما ما ذكر في النص اي كفارة
الخطاء وشبه العمد هو الذي ذكر في القران وهو الاعتاق والصوم متتابعا كما ذكر في النص قال الله تعالى فتحرير
رقبة مؤمنة وشبه العمد خطاء في حق القتل وان كان عمدا في حق الضرب فيتناولهما الاية ولا يختلفان
في القتل بالاختلاف بخلاف الدية حيث تجب في شبه العمد دية مغلظة لوجود التوقيف في التغليظ
في شبه العمد دون الخطاء والمقادير لا تجب الا سماعا قال رحمه الله ولا يجزئ الاطعام ... لان الاطعام
لم يرد به النص والمقادير لا تعرف الا سماعا ولان المذكور كل الواجب للفاء في الجواب او لكونه كل المذكور
والجنين لم تعرف حياته ولا سلامته فلم يجز ولانه عضو من وجه فلا يدخل تحت مطلق النص قال رحمه الله
ويجزئ الرضيع لو احد ابويه مسلما لانه مسلم تبعا له والظاهر سلامة اطرافه على ما عليه الجبلة ولا
يقال كيف اكتفى هنا بالظاهر في سلامة اطرافه حتى جاز التكفير به ولم يكتف بذلك في حق وجوب الضمان

بالاتلاف اطرافه لان النفوس الحاجة في التكفير الى دفع الواجب والحاجة في الاتلاف الى الزام الضمان وهو
لا يصلح حجة فيه ولانه يظهر حال الاطراف فيما بعد التكفير اذا عاش ولا كذلك في الاتلاف فافترقا قال رحمه الله
ودية المراة على النصف من دية الرجل في النفس وفيما دونها روي ذلك عن علي رضي الله عنه موقوفا ومرفوعا
وقال الشافعي الثلث وما دون الثلث لا ينصف لما روي عن سعيد بن المسيب انه السنة قال الشافعي
السنة اذا اطلقت يراد بها سنة النبي صلى الله عليه وسلم ولنا ما روينا وما روي عن كبار الصحابة [illegible]
بخلافه ولو كانت سنة النبي صلى الله عليه وسلم لما خالفوه وقوله سنة محمول على انه سنة زيد لانه لم
يرو الا عنه موقوفا ولان هذا يؤدي الى المحال وهو ما اذا كان المها اشد ومصابها اكثر ان يقل ارشها
بيانه انه لو قطع اصبع منها يجب عشرة من الابل ولو قطع اصبعان يجب عشرون واذا قطع ثلاث يجب
ثلاثون لانها تساوي الرجل فيه على زعمه لكونه ما دون الثلث ولو قطع اربعة يجب عشرون للتنصيف
فيما هو اكثر من الثلث فقطع الرابعة لا يوجب شيئا بل يسقط ما وجب بقطع الثالثة وحكمة الشارع تنافي
ذلك فلا يجوز نسبته اليه لان من المحال ان تكون الجناية لا توجب شيئا زعما وابتج منه ان يسقط ما وجب
بغيرها وهذا مما تحيله العقلاء بالبديهة ولان الشافعي يعتبر الاطراف بالانفس وتركه هنا حيث ينصف
نصف دية النفس ولم ينصف دية الاطراف الا اذا زاد على الثلث قال رحمه الله ودية المسلم والذمي سواء
وقال مالك دية اليهودي والنصراني ستة الاف درهم لقوله عليه السلام عقل الكافر نصف دية المسلم والكل
عنده اثنا عشر الفا وقال الشافعي دية النصراني واليهودي اربعة الاف درهم ودية المجوسي ثمانمائة درهم
لما روي انه عليه السلام جعل دية اليهودي والنصراني اربعة الاف درهم ودية المجوسي ثمانمائة درهم
ولنا ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم ودى العامريين اللذين كان لهما عهد
من رسول الله صلى الله عليه وسلم وقتلهما عمرو بن امية الضمري بمائة من الابل وقال عليه السلام دية كل ذي
عهد في عهده الف دينار وعن الزهري ان ابا بكر وعمر رضي الله عنهما كانا يجعلان دية الذمي مثل دية المسلم
وقال علي رضي الله عنه انما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا واموالهم كاموالنا وفي ظاهر قوله تعالى
وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة الى اهله دلالة عليه لان المراد منه ظاهرا ما هو المراد من
قوله تعالى في قتل المؤمن ودية مسلمة الى اهله ولانهم معصومون متقومون لاحرازهم انفسهم بالدار
فوجب ان يكونوا ملحقين بالمسلمين فوجب ان يجب بقتلهم ما يجب بقتلهم ان لو كانوا مسلمين الا ترى ان
اموالهم لما كانت معصومة متقومة يجب باتلافها ما يجب باتلاف مال المسلم فاذا كان هذا في اموالهم فما ظنك
في انفسهم ولا يقال ان نقص الكفر فوق نقص الانوثة والرق فوجب ان ينتقص ديته به كما تنتقص بالانوثة
والرق ولان الرق اثر الكفر فاذا انتقص باثره فاولى ان ينتقص به لانا نقول نقصان دية المراة والعبد
لا باعتبار نقصان الانوثة والرق بل باعتبار نقصان صفة المالكية فان المراة لا تملك النكاح
لا تملك المال والحر الذكر يملكهما فلهذا زادت قيمته ونقصت قيمتهما والكافر يساوي المسلم في [illegible]
فوجب ان يكون بدله كبدله والمستامن ديته مثل دية الذمي في الصحيح لما روينا

فصل

قال رحمه الله في النفس والمارن واللسان والذكر والحشفة والعقل والسمع والبصر والشم
[illegible] الدية [illegible] الراس [illegible] العينين واليدين والشفتين والحاجبين والر[illegible]
والانثيين وثديي المراة الدية وفي كل واحد من هذه الاشياء نصف الدية وفي [illegible]
وفي احدها ربعها وفي كل اصبع من اصابع اليدين او الرجلين عشرها وما فيها مفاصل ففي احدها ثلث
دية الاصبع ونصفها لو فيها مفصلان وفي كل سن خمس من الابل او خمسمائة درهم والاصل فيه حديث
سعيد بن المسيب انه عليه السلام قال في النفس الدية وفي اللسان الدية وفي المارن الدية ومثله ذكر

عليه السلام في الكتاب الذي كتبه لعمرو بن حزم في النفس [illegible] البعض يكون [illegible] الباقي دلالة لانه
في معناه والاصل في الاعضاء انه اذا فوت جنس منفعة على الكمال او ازال جمالا مقصودا في الادمي على الكمال
يجب كل الدية لان فيه اتلاف النفس من وجه اذ النفس لا تبقى منتفعا بها من ذلك الوجه واتلاف النفس
من وجه ملحق بالاتلاف من كل وجه في الادمي تعظيما له دليله ما روينا من الحديث والاعضاء على خمسة
انواع منها ما هو افراد ومنها ما هو مزدوج ومنها ما هو ارباع ومنها ما هو اعشار ومنها ما يزيد على
ذلك ففي كل واحد من الافراد تجب الدية وفي كل نوع من المزدوج والارباع والاعشار كذلك فاذا ثبت هذا
فنقول في الانف الدية لانه ازال الجمال على الكمال وهو مقصود وكذا اذا قطع المارن وهو ما دون
قصبة الانف وهو ما لان منه او قطع الارنبة وهو طرف الانف او قطع المارن مع القصبة لما ذكرنا من
ازالة الجمال ولا يزيد على دية واحدة لان الكل عضو واحد ولان فيه تفويت المنفعة على الكمال فان منفعة
الانف ان تجتمع الروائح في قصبة الانف لتعلو الى الدماغ وذلك يفوت بقطع المارن وكذا اذا قطع
اللسان لفوات منفعة مقصودة وهو النطق فان الادمي يمتاز به عن سائر الحيوان وبه من الله تبارك وتعالى
علينا بقوله خلق الانسان علمه البيان وهذا لانه لا يقدر على اقامة مصالحه الا بافهام غيره اغراضه وذلك
يفوت بقطعه وكذا تجب الدية بقطع بعضه اذا امتنع من الكلام لان الدية تجب لتفويت المنفعة لا بتفويت
صورة الالة وقد حصل بالامتناع من الكلام وان قدر على التكلم ببعض الحروف دون البعض قيل تقسم الدية
على عدد الحروف وقيل على عدد حروف تتعلق باللسان وهي التاء والثاء والجيم والدال والذال والراء
والزاي والسين والشين والصاد والضاد والطاء والظاء واللام والنون فما اصاب الفائت يلزمه ولا تدخل
الحروف الحلقية فيه وهي الهمزة والهاء والعين والغين والحاء والخاء ولا الشفوية وهي الباء والميم والواو
وقيل ان قدر على اكثرها تجب حكومة عدل لحصول الافهام مع الاختلال وان عجز عن اداء الاكثر تجب كل الدية
لان الظاهر انه لا يحصل منه الافهام والاصح فيه ما روي عن علي رضي الله عنه انه قسم الدية على الحروف
فما قدر عليه من الحروف اسقط حسابه من الدية وما لم يقدر عليه الزمه حسابه منها وكذا الذكر لان فيه
تفويت منفعة جمة من الوطء والايلاد واستمساك البول والرمي به ودفق الماء والايلاج الذي هو
طريق الاعلاق عادة وكذا في الحشفة الدية كاملة لانها اصل في منفعة الايلاج والدفق والقصبة كالتابع
له وكذا في العقل الدية اذا ذهب بالضرب لفوات منفعة الادراك لان الانسان يمتاز به عن غيره من
الحيوان وبه ينتفع بنفسه في معاشه ومعاده وفي كل واحد من السمع والبصر والذوق والشم كمال الدية
لان لكل واحد منها منفعة مقصودة وقد روي ان عمر رضي الله عنه قضى لرجل على رجل باربع ديات
بضربة واحدة وقعت على راسه ذهب بها عقله وسمعه وبصره وكلامه وقال ابو يوسف لا يعرف الذهاب
[illegible] والقول قول الجاني لانه المنكر ولا يلزمه شيء الا اذا صدقه او نكل عن اليمين وقيل ذهاب البصر
[illegible] الاطباء فيكون قول رجلين منهم عدلين حجة فيه وقيل يستقبل به الشمس مفتوح العين فان
[illegible] على انها باقية والا فلا وقيل يلقى بين يديه حية فان هرب منها علم انها لم تذهب وان لم يهرب
[illegible] طريق معرفة ذهاب السمع ان يتغافل ثم ينادى فان اجاب علم انه لم يذهب والا فهو ذاهب
[illegible] بن حماد ان امراة ادعت انها لا تسمع وتطارشت في مجلسه [illegible]
[illegible] فقال غطي عورتك فاضطربت وتسارعت الى جمع ثيابها [illegible]
[illegible] الدية اذا حلقت ولم تنبت لانه ازال الجمال على الكمال وقال مالك والشافعي
[illegible] حكومة عدل لان ذلك [illegible] الادمي [illegible] بعد كمال الخلقة ولهذا
يحلق [illegible] لا يتعلق به الدية كشعر الصدر والساق اذ لا يتعلق به منفعة

ولهذا يجب في شعر العبد نقصان القيمة وانا اقول على رضى المصنف في الراس اذا حلق ولم ينبت الدية
كاملة والوقوف في هذا كالمرفوع لانه من المقادير فلا يهتدى اليه الراى ولانه يفوت عليه جمالا على الكمال
لان اللحية في اوانها جمال وكذا شعر الراس جمال الا ترى ان الاصلع يتكلف في ستره فيلزمه كمال الدية
كما لو قطع الاذنين الشاخصتين والدليل على انه جمال قوله عليه السلام ان لله ملائكة تسبيحهم سبحان
من زين الرجال باللحى والنساء بالقرون والذوائب بخلاف شعر الصدر والساق لانه لا يتعلق به الجمال
واما لحية العبد فقد روى الحسن عن الامام ابي حنيفة انه يجب فيه كمال القيمة فلو يلزمنا والجواب
عن الظاهر ان المقصود من العبد الاستخدام دون الجمال وهو لا يفوت بالحلق بخلاف الحر لان المقصود منه
في حقه الجمال فيجب بفواته كمال الدية وفي الشارب حكومة عدل في الصحيح لانه تابع للحية فصار
طرفا من اطراف اللحية واختلفوا في لحية الكوسج والاصح ان كان على ذقنه شعرات معدودة فليس
في حلقه شيء لان وجودها يشينه ولا يزينه وان كان ذلك على الخد والذقن جميعا ولكنه غير متصل
ففيه حكومة عدل وان كان متصلا ففيه كمال الدية لانه ليس بكوسج وفي لحيته جمال كامل وهذا كله
اذا فسد المنبت فان نبت حتى استوى كما كان لا يجب شيء لانه لم يبق لفعل الجاني اثر فهو بمنزلة الضربة
التي لا يبقى اثرها في البدن ولكنه يؤدب على ذلك لارتكابه الحرم فان نبت ابيض فقد ذكر في النوادر
انه لا يلزمه شيء عند ابي حنيفة رحمه الله في الحر لان الجمال يزداد ببياض شعر اللحية وعندهما يجب حكومة
عدل لان البياض يشينه في غير اوانه فيجب حكومة العدل باعتباره وفي العبد تجب حكومة عدل عندهم
لانه تنتقص به قيمته ويستوي العمد والخطاء في حلق الشعر لان القصاص لا يجب فيه لانه عقوبة فلا يثبت
قياسا وانما يثبت نصا او دلالة فالنص انما ورد في النفس والجراحات وهذا ليس في معناها لانه لم يتالم
به ولا يتوهم فيه السراية بخلاف النفس والجراحات ويؤجل فيه سنة فان لم ينبت فيها وجبت الدية
ويستوي فيه الكبير والصغير والذكر والانثى فان مات قبل تمام السنة ولم ينبت فلا شيء عليه واما ما يكون
مزدوجا من الاعضاء كالعينين واليدين ففي قطعهما كمال الدية وفي قطع احدهما نصف الدية والاصل في ذلك
ما روى ان عليا عليه السلام قال في العينين الدية وفي احدهما نصف الدية وفي اليدين الدية وفي احدهما نصف
الدية ولان في تفويت اثنين منها تفويت جنس المنفعة او تفويت الجمال على الكمال فيجب كل الدية وفي تفويت
احدهما تفويت نصف المنفعة فيجب النصف وهذا لان في تفويت العينين واليدين والشفتين تفويت
منفعة الابصار والبطش وامساك الطعام عند الاكل ومنفعة الجمال على الكمال وفي تفويت الرجلين
تفويت منفعة المشي وفي الاذنين تفويت الجمال على الكمال وقد قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في الاذنين
الدية وفي الانثيين منفعة الامناء والنسل وفي ثديي المراة تفويت منفعة الارضاع بخلاف ثدي
الرجل لانه ليس فيه تفويت المنفعة ولا الجمال على الكمال فيجب فيه حكومة عدل وفي حلمتي المراة كمال الدية
وفي احدهما نصف الدية لفوات منفعة الارضاع وامساك اللبن لانه اذا لم يكن لثديها حلمة يتعذر
على الصبي الالتقام عند الارضاع وقال مالك والشافعي رحمهما الله يجب في الحاجبين حكومة عدل
لهما انهما لا يريان وجوب الدية في الشعر وعندنا يجب فيهما الدية لتفويت الجمال على الكمال ...
من الاعضاء ... اشفار العينين ففيها الدية اذا قلعها ولم تنبت وفي احد ...
... الكمال ويتعلق بها دفع الاذى والقذى عن العين ...
ويورث العمى فاذا وجب ... كمال الدية وهي اربعة وجب في كل واحد منها ... وفي الاثنين
نصف الدية وفي الثلاثة ثلاثة ارباع الدية ثم يجوز ان يكون مراده بالاشفار حروف العينين ...
نبتا لانه حقيقة فيه ويجوز ان يكون مراده الاهداب وسماها اشفارا تسمية للحال باسم المحل ومثله

سايغ لغة كما يقال سال الميزاب وسال الوادي وهو لا يسيل وانما الماء هو الذي يسيل فيه وقال محمد
في اشفار العينين الدية كاملة اذا لم تنبت فاراد به الشعر لان الشعر هو الذي ينبت دون الجفون
وايهما اريد كان مستقيما لان في كل واحد من الشعر ومنابته دية كاملة ولا يختل المعنى ولو قطع الجفون
باهدابها يجب دية واحدة لان الاشفار مع الجفون كشيء واحد كالمارن مع القصبة والموضحة مع الشعر
واما ما يكون من الاعضاء اعشارا كالاصابع ففي قطع اصابع اليدين او الرجلين كل الدية وفي قطع واحدة
منها عشر الدية لقوله عليه السلام وفي كل اصبع عشر من الابل ولان في قطع الكل تفويت منفعة المشي او البطش
وفيه دية كاملة وهي عشرة فتنقسم الدية عليها والاصابع كلها سواء لاطلاق ما رويناه ولان الكل سواء
في اصل المنفعة فلا تعتبر الزيادة فيها كالاسنان واليد اليمنى مع اليسرى وفي كل اصبع فيها ثلاثة
مفاصل ففي احدها ثلث دية الاصبع لانه ثلثها وما فيها مفصلان كالابهام ففي احدهما نصف دية الاصبع
لانه نصفها وهو نظير انقسام دية اليد على الاصابع وهو المراد بقوله في المختصر وما فيها مفاصل
ففي احدها ثلث دية الاصبع ونصفها لو كان فيها مفصلان واما ما يزيد على ذلك فالاسنان ففي كل سن
نصف عشر الدية وهو خمس من الابل او خمسمائة درهم لقوله عليه السلام وفي كل سن خمس من الابل وهي كلها سواء
لاطلاق ما رويناه لما روي في بعض طرقه والاسنان كلها سواء ولان الكل في اصل المنفعة سواء فلا يعتبر
التفاوت فيه كالايدي والاصابع ولئن كان في بعضها زيادة منفعة ففي الاخر زيادة الجمال فاستويا
فيزداد دية هذا الطرف على دية النفس بثلاثة اخماس الدية لان الانسان له اثنان وثلاثون سنا
عشرون ضرسا واربعة انياب واربع ثنايا واربع ضواحك فاذا وجب في الواحدة نصف عشر الدية
يجب في الكل دية وثلاثة اخماس الدية وذلك ستة عشر الف درهم هذا اذا كان خطاء وان كان عمدا ففيه
القصاص وقد بيناه من قبل قال رحمه الله وكل عضو ذهب نفعه ففيه دية كيد شلت وعين ذهب ضوءها
اي اذا ضرب عضوا فذهب نفعه بضربه ففيه دية كاملة كما اذا ضرب يده فشلت او عينه فذهب
ضوءها به لان وجوب الدية يتعلق بتفويت جنس المنفعة فاذا زالت منفعته كلها وجب عليه موجبه
كله ولا عبرة للصورة بدون المنفعة لكونها تابعة فلا يكون لها حصة من الارش الا اذا تجردت
عند الاتلاف فان اتلف عضوا قد ذهبت منفعته فحينئذ يجب فيه حكومة عدل ان لم يكن فيه جمال
كاليد الشلاء او ارشه كاملا ان كان فيه جمال كالاذن الشاخصة ولا يلزم من اعتبار الصورة والجمال
عند الانفراد عن المنفعة اعتبارهما معها بل تكون تبعا لها فيكون المنظور اليه هي المنفعة
فقط عند الاجتماع وكم من شيء يكون تبعا لغيره عند الاتلاف فلا يكون له ارش ثم اذا انفرد بالاتلاف يكون
له ارش الا ترى ان الاعضاء كلها تبع للنفس فلا يكون لها ارش اذا تلفت معها واذا انفردت بالاتلاف
كان لها ارش ومن ضرب صلب رجل فانقطع ماؤه يجب فيه الدية لان فيه تفويت منفعة كاملة وهي منفعة
... وكذا لو احدبه لان فيه تفويت منفعة الجمال على الكمال لان جمال الادمي في كونه منتصب القامة
... بقوله تعالى لقد خلقنا الانسان في احسن تقويم وكذا لو زالت الحدوبة فلا شيء عليه لزوالها
... بقي اثر الضرب ففيه حكومة عدل لبقاء الشين ببقاء اثرها والله اعلم

فصل في الشجاج

الشجاج عشرة الحارصة وهي التي تحرص الجلد اي تخدشه ولا تخرج
الدم ماخوذة من ... القصار الثوب اي شقه في الدق والدامعة بالعين المهملة وهي التي
تظهر الدم ولا تسيله كالدمع في العين ماخوذة من الدمع فسميت بها لان الدم يخرج منها بقدر الدمع
في القلة وقيل لان عينيه تدمع بسبب الم يحصل له منها وفي المحيط الدامعة هي التي يخرج منها ما
يشبه الدمع ماخوذة من دمع العينين والدامية وهي التي تسيل الدم وذكر المرغيناني ان الدامية

هي التي تدمي من غير ان يسيل منها دم هو الصحيح مروي عن ابي عبيد والدامعة هي التي تسيل منها الدم كدمع العين ومن قال ان صاحبها تدمع عيناه من الالم فقد ابعد والباضعة وهي التي تبضع الجلد اي تقطعه ماخوذة من البضع وهو الشق والقطع ومنه مبضع الفصاد والمتلاحمة وهي التي تاخذ في اللحم فتقطعه كله ثم يتلاحم بعد ذلك اي يلتئم ويتلاصق سميت بذلك تفاؤلا على ما يؤل اليه وروي عن محمد رحمه الله ان المتلاحمة قبل الباضعة لان المتلاحمة ماخوذة من قولهم التحم الشيئان اذا اتصل احدهما بالاخر فالمتلاحمة ما تظهر اللحم ولا تقطعه والباضعة بعدها لانها تقطعه وفي ظاهر الرواية المتلاحمة تعمل في قطع اكثر اللحم وهي بعد الباضعة وقال الازهري الاوجه ان يقال اللاحمة اي القاطعة للحم والاختلاف الذي وجد في الشجاج راجع الى ماخذ الاشتقاق لا الى الحكم والسمحاق وهي التي تصل الى السمحاق وهي الجلدة الرقيقة التي بين اللحم وعظم الراس والموضحة وهي التي توضح العظم اي تبينه والهاشمة وهي التي تكسر العظم والمنقلة وهي التي تنقل العظم بعد الكسر اي تحوله والامة وهي التي تصل الى ام الدماغ وام الدماغ هي الجلدة الرقيقة التي تجمع الدماغ وبعد الامة شجة تسمى الدامغة بالغين المعجمة وهي التي تصل الى الدماغ لم يذكرها محمد رحمه الله لان النفس لا تبقى بعدها عادة فتكون قتلا ولا تكون من الشجاج والكلام في الشجاج وكذا لم يذكر الحارصة والدامعة لانهما لا يبقى لهما اثر في الغالب وهذه الشجاج تختص بالراس والوجه لغة وما كان في غيرهما يسمى جراحة فهذا هو حقيقته والحكم مرتب على الحقيقة فلا يجب بالجراحة ما يجب بالشجة من المقدر لان التقدير بالنقل وهو انما ورد في الشجاج وهو يختص بالراس والوجه فيختص الحكم المقدر بها ولا يجوز الحاق الجراحة بها دلالة ولا قياسا لانها ليست في معناها في الشين لان الراس والوجه يظهران في الغالب وغيرهما مستور غالبا فلا يظهر واختلفوا في اللحيين فعندنا هما من الوجه فيتحقق الشجاج فيهما فيجب موجبها خلافا لما يقوله مالك رحمه الله هو يقول انهما ليسا من الوجه لان المواجهة لا تقع بهما ونحن نقول هما متصلان بالوجه من غير فاصل ويتحقق معنى المواجهة فيصار كالذقن لانهما تحته وقال شيخ الاسلام ويجب ان يفترض غسلهما في الوضوء لانهما من الوجه حقيقة الا انا تركناهما بالاجماع ولا اجماع ههنا فبقيت العبرة للحقيقة **قال رحمه الله** وفي الموضحة نصف عشر الدية وفي الهاشمة عشرها وفي المنقلة عشر ونصف عشر وفي الامة والجائفة ثلثها فان نفذت الجائفة فثلثاها لما روي في كتاب عمرو بن حزم رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال ان في الموضحة خمس من الابل وفي الهاشمة عشر وفي المنقلة خمس عشرة وفي الامة ويروى المامومة ثلث الدية وقال عليه السلام في الجائفة ثلث الدية وعن ابي بكر الصديق رضي الله عنه انه حكم في جائفة نفذت الى الجانب الاخر بثلثي الدية ولانها اذا نفذت صارت جائفتين فيجب في كل واحدة منهما الثلث وهي تكون في الراس والبطن بخلاف سائر الشجاج حيث لا تكون الا في الراس والوجه وقيل لا تتحقق الجائفة فيما فوق الحلق **قال رحمه الله** وفي الحارصة والدامعة والدامية والباضعة والمتلاحمة والسمحاق حكومة عدل لان هذه ليس فيها ارش مقدر من جهة الشرع ولا يمكن اهدارها فتجب فيها حكومة عدل وهو ماثور عن ابراهيم النخعي وعمر بن عبد العزيز [illegible] واختلفوا في تفسير هذه الحكومة قال الطحاوي تفسيرها ان يقوم مملوكا بدون هذا الاثر ويقوم وهو به [illegible] ثم ينظر الى تفاوت ما بينهما فان كان ثلث عشر القيمة مثلا يجب عليه ثلث عشر الدية وان كان ربع عشر القيمة يجب ربع عشر الدية وقال الكرخي ينظر كم مقدار هذه الشجة من [illegible] من نصف عشر الدية لان ما لا نص فيه يرد الى المنصوص عليه وكان الكرخي يقول ما ذكره الطحاوي ليس بصحيح لانه لو اعتبر ذلك الطريق فربما يكون نقصان القيمة اكثر من نصف عشر الدية فيؤدي الى ان يجب في هذه الشجاج وهو دون الموضحة اكثر مما وجب الشرع في الموضحة وانه محال بل الصحيح الاعتبار

بالمقدار وقال الصدر الشهيد ينظر المفتي في هذا ان امكنه الفتوى بالثاني بان كانت الجناية في الراس والوجه يفتي بالثاني وان لم يتيسر عليه ذلك يفتي بالقول الاول لانه ايسر قال وكان المرغيناني يفتي به وقال في المحيط والاصح انه ينظر كم مقدار هذه الشجة من اقل شجة لها ارش مقدر فان كان مقداره مثل نصف شجة لها ارش او ثلثها وجب نصف او ثلث ارش تلك الشجة وان كان ربعا فربع ذكره بعد ذكر القولين فكانه جعله قولا ثالثا والاشبه ان يكون هذا تفسير القول الكرخي وقال شيخ الاسلام قول الكرخي اصح لان عليا رضي الله عنه اعتبره بهذا الطريق فيمن قطع طرف لسانه على ما بيناه من قبل **قال رحمه الله** ولا قصاص في غير الموضحة لانه لا يمكن اعتبار المساواة فيه لان ما دون الموضحة ليس له حد ينتهي اليه السكين وما فوقها كسر العظم ولا قصاص فيه لقوله عليه السلام لا قصاص في العظم وهذا رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله وفي ظاهر الرواية يجب القصاص فيما دون الموضحة ذكره محمد في الاصل وهو الاصح لانه يمكن اعتبار المساواة فيه اذ ليس فيه كسر العظم ولا خوف التلف كالجائفة فيسبر غورها بمسبار ثم تتخذ حديدة بقدر ذلك فيقطع بها مقدار ما قطع فيتحقق استيفاء القصاص بذلك وفي الموضحة القصاص ان كانت عمدا لما روي انه عليه السلام قضى بالقصاص في الموضحة ولان المساواة فيها ممكنة بانتهاء السكين الى العظم فيتحقق استيفاء القصاص **قال رحمه الله** وفي اصابع اليد نصف الدية اي اصابع اليد الواحدة لان في كل اصبع عشرا من الابل لما روينا فيكون في الخمسة خمسون ضرورة وهو النصف ولان في قطع الاصابع تفويت منفعة البطش وهو الموجب على ما مر **قال رحمه الله** ولو مع الكف هذا متصل بما قبله اي في اصابع اليد نصف الدية وان قطعها مع الكف ولا يزيد الارش بسبب الكف لان الكف تبع للاصابع في حق البطش لان قوة البطش بها قال عليه السلام في اليدين الدية وفي احداهما نصف الدية واليد اسم لجارحة يقع بها البطش لان اسم اليد يدل على القدرة والقوة والبطش يقع بالاصابع والكف فيجب فيهما دية واحدة لان منفعتهما جنس واحد فيكون الكف تبعا للاصابع **قال رحمه الله** ومع نصف ساعد نصف الدية وحكومة عدل اي اذا قطع الكف مع نصف الساعد يجب نصف الدية وحكومة عدل نصف الدية في الكف والاصابع والحكومة في نصف الساعد وهو قول ابي حنيفة ومحمد ورواية عن ابي يوسف وعنه ان ما زاد على الاصابع من اليد والرجل الى المنكب والفخذ هو تبع فلا تزيد به الدية لان الشارع اوجب في الواحدة منهما نصف الدية واليد اسم لهذه الجارحة الى المنكب والرجل الى اصل الفخذ فلا يزاد على تقدير الشرع ولان الساعد ليس له ارش مقدر شرعا فيكون تبعا لما له ارش مقدر فيه كالكف ووجه الظاهر ان اليد اسم لالة باطشة ووجوب الارش باعتبار منفعة البطش وقوة البطش تتعلق بالاصابع والكف تبع لها في البطش فكذا في الارش ولا يتبعه البطن بالساعد اصلا ولا تبعا فلا يدخل في ارشه ولانه لو جعل تبعا لا يخلو اما ان يجعل تبعا للاصابع او الكف ولا وجه الى الاول لوقوع الفصل بينهما بالكف ولا الى الثاني فان الكف تبع للاصابع ولا تبع للتبع ولا نسلم ان اليد اسم لهذه الجارحة الى المنكب بل هي اسم الى الزند اذا ذكرت في موضع القطع بدليل اية السرقة **قال رحمه الله** وفي قطع الكف وفيها اصبع او اصبعان عشرها او خمسها ولا شيء في الكف اي اذا كان في الكف اصبع او اصبعان فقطعها يجب عشر الدية في الاصبع الواحدة وخمسها في اصبعين ولا يجب في الكف شيء [illegible] رحمه الله وقالا ينظر الى ارش الكف والى ارش ما فيها من الاصابع [illegible] لان الجمع بين الارشين متعذر اجماعا لان الكل شيء واحد و[illegible] ضمان الاصبع [illegible] ضمان الكف وضمان [illegible] ضمان الاصبع وكذا اهدار احدهما متعذر ايضا لان كل واحد منهما اصل من وجه اما الكف فلان الاصابع قائمة بها واما الاصابع فلانها هي الاصل في منفعة البطش فاذا كان كل واحد منهما اصلا من وجه رجحنا بالكثرة كما قلنا فيمن شج راس انسان وتناثر بعض شعره يدخل القليل في الكثير

ولابي حنيفة رحمه الله ان الاصابع اصل حقيقة لان منفعة اليد وهي البطش والقبض والبسط قايمة بها
وكذا حكما لانه عليه السلم جعل الدية بمقابلة الاصابع حيث اوجب في اليد نصف الدية ثم جعل في كل اصبع عشرا
من الابل وهي خمسون فتعين ان تكون كلها بمقابلة الاصابع دون الكف والاصل اولى بالاعتبار وان قل ولا يظهر
التابع بمقابلة الاصل فلو تعارضا حتى يصار الى الترجيح بالكثرة ولئن تعارضا فالترجيح بالاصل حقيقة
وحكما اولى من الترجيح بالكثرة الا ترى ان الصغار اذا اختلطت مع المسنات تجب فيها الزكاة تبعا وان
كانت الصغار اكثر ترجيحا للاصل بخلاف ما استشهدا به من الشجة لان احدهما ليس بتبع للاخر ولان ارش
الاصبع ثابت بالنص وليس في الكف ارش مقدر شرعا فلو ثبت انما يثبت بالراي والاجتهاد وذلك لا يصح لابطال
المنصوص عليه لما عرف ان الاجتهاد لا يصار اليه الا للضرورة عند تعذر العمل لعدم النقل ولشبهة
فكيف يصار اليه هنا مع وجوده بل لابطاله وهذا خارج عن القواعد وعلى هذا لو كان في الكف مفصل واحد
من اصبع واحدة يجب ارش المفصل على الظاهر عنده ولا يجب في الكف شي لان ارش ذلك المفصل مقدر شرعا
وما بقي من الاصل وان قل فهو اولى كما قال في القسامة ان اهل الخطة اولى بها من المشترين وان قلوا لكونهم
اصلا ولا يظهر حكم التبع معه وان كثر وروى الحسن عنه ان الباقي اذا كان دون اصبع يعتبر اكثرهما ارشا
لان ارش ما دون الاصبع غير منصوص عليه وانما يثبت اعتباره بالمنصوص عليه بنوع اجتهاد وكونه
اصلا باعتبار النص فاذا لم يرد النص في ارش مفصل ولا مفصلين اعتبرنا فيه الاكثر والاول اصح لان ارشه
ثبت بالاجماع وهو كالنص ولو لم يبق في الكف اصبع ولا بعضها يجب عليه حكومة عدل لا يبلغ ارش اصبع
لان قيمة التبع لا تبلغ قيمة المتبوع ولو كان في الكف ثلاث اصابع يجب ارش الاصابع ولا يجب في الكف
شي بالاجماع لان الاصابع اصل على ما بينا وللاكثر حكم الكل فاستتبعت الكف كما اذا كانت كلها قايمة
قال رحمه الله وفي الاصبع الزايدة وعين الصبي وذكره ولسانه ان لم تعلم صحته بنظر وحركة وكلام حكومة
عدل ش اما الاصبع الزايدة فلانها جزء الادمي فيجب الارش فيها تشريفا له وان لم يكن فيها نفع ولا زينة
كما في السن الزايدة ولا يجب فيها القصاص وان كان للقاطع اصبع زايدة لان المساواة شرط لوجوب القصاص
القصاص في الطرف ولم يعلم تساويهما الا بالظن فصار كالعبد يقطع طرف العبد فاذا تعذر القصاص
للشبهة وجب ارشها وليس لها ارش مقدر شرعا فيجب فيها حكومة عدل بخلاف لحية الكوسج حيث لا
يجب فيها شي لان اللحية لا يبقى فيها اثر الحلق فلا يلحقه الشين بالحلق بل ببقاء الشعرات يلحقه ذلك
فيكون نظير من قلم ظفر غيره بغير اذنه وفي قطع الاصبع الزايدة يبقى اثره ويشينه ذلك فيجب الارش
واما عين الصبي وذكره ولسانه فلان المقصود من هذه الاشيا المنفعة فاذا لم يعلم صحتها لا يجب ارشها
كاملا بالشك بخلاف المارن والاذن الشاخصة لان المقصود منهما الجمال وقد فوته على الكمال وكذا لو
لو استهل الصبي لانه ليس بكلام وانما هو مجرد صوت ومعرفة الصحة فيه بالكلام وفي الذكر بالحركة
وفي العين بما يستدل به على الرؤية وهو المراد بقوله ان لم تعلم صحته بنظر وحركة وكلام فيكون بعد
معرفة صحته ذلك حكمه حكم البالغ في الخطا والعمد اذا ثبت ذلك بالبينة او باقرار الجاني وان
لم نعلم به بينة فالقول قول الجاني وكذا اذا قال لا اعرف صحته لا يجب عليه الارش كاملا
[illegible] الدية كاملة كيف ما كان الا اذا اعرفنا انها غير صحيحة لان [illegible]
[illegible] الظاهر لا يصلح للاستحقاق وانما يصلح للدفع [illegible]
ذكرنا الفرق بين هذه الاعضاء بين الاذن والانف في ذكر الخصي والعنين حكومة [illegible] الشافعي تجب
دية كاملة لقوله عليه السلم وفي الذكر الدية من غير فصل [illegible] الايلاج والانزال والاحبال
[illegible] المعتبرة من هذا العضو واذا عدمت لا تجب فيه دية كاملة كالعين القايمة بلا ضوء واليد الشلا

ولو كان في الكف مفصل واحد من الاصابع وقطعت يجب ارش المفصل فقط

قطع الكف وفيها ثلاث اصابع

العبد القطع طرف العبد

ذكر الخصي والعنين

الظاهر يصلح للدفع لا للاستحقاق

٢٨١

الشلا قال رحمه الله ومن شج رجلا موضحة فذهب عقله او شعر راسه دخل ارش الموضحة في الدية لان بفوات
العقل يبطل منفعة جميع الاعضاء اذ لا ينتفع بها بدونه فصار بالنسبة الى ساير الاعضا كالنفس فيدخل
ارشها كما في النفس وارش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر حتى لو نبت لسقط ويجب الدية بفوات كل الشعر
وقد تعلقا بسبب واحد وهو فوات الشعر فيدخل الجزء في الجملة فصار كما اذا قطع اصبع رجل فشلت يده
كلها فالحاصل ان الجناية متى وقعت على عضو واحد فاتلفت شيئين وارش احدهما اكثر دخل الاقل فيه ولا
فرق في هذا بين ان تكون الجناية عمدا او خطا وان وقعت على عضوين لا يدخل ويجب لكل واحد منهما ارشه
سوا كان عمدا او خطا عند ابي حنيفة رحمه الله لسقوط القصاص به عنده وعندهما يجب في الاولى القصاص ان
كان عمدا وامكن الاستيفا والا فكما قال ابو حنيفة رحمه الله وقال زفر رحمه الله لا يدخل ارش الاعضاء بعضه
في بعض لان كلا منهما جناية فيما دون النفس فلا يتداخلان كساير الجنايات وجوابه ما بينا قال رحمه الله
وان ذهب سمعه او بصره او كلامه لا اي لو شجه موضحة فذهب احد هذه الاشيا لا يدخل ارش الموضحة
في ارش احد هذه الاشيا وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف يدخل ارش الموضحة في دية السمع
والكلام ولا يدخل في دية البصر لانه ظاهر فلا يلحق بالعقل فلا يدخل فيه ارش الموضحة واما السمع والكلام
فمبطنان فيلحقان بالعقل فيدخل فيهما ارش الموضحة كما يدخل في ارش العقل ولهما ان كل واحد من هذه المنافع
اصل بنفسها فيتعدد حكم الجناية بتعددها ولا يدخل بعضها في بعض لان العبرة لتعدد اثر الفعل لا لاتحاد
الفعل بخلاف العقل لان منفعته تعود الى كل الاعضاء اذ لا ينتفع بالاعضاء بدونه فصار كالنفس او نقول
ذهاب العقل في معنى تبديل النفس والحاقه بالبهايم فيكون بمنزلة الموت ولا كذلك ساير الاعضا او نقول
ان العقل ليس له موضع يشار اليه فصار كالروح للجسد وقال الحسن ارش الموضحة لا يدخل في دية العقل ايضا
لاختلاف محل الجناية فان محل العقل غير محل الموضحة بخلاف الموضحة مع الشعر لاتحاد سببهما على ما بينا والحجة
عليه ما بينا قال رحمه الله وان شجه موضحة فذهبت عيناه او قطع اصبعا فشلت اخرى او قطع المفصل الاعلى
فشل ما بقي او كل اليد او كسر نصف سنه فاسود ما بقي فلا قود وهذا كله قول ابي حنيفة رحمه الله وقالا
يجب القصاص في الموضحة والدية في العين فيما اذا شجه موضحة فذهبت عيناه وكذا اذا قطع اصبعا
فشلت اخرى بجنبها يقتص للاولى ويجب الارش للاخرى وعنده لما لم يجب القصاص في العضو يجب
ارش كل واحد منهما كاملا وان كان عضوا واحدا بان قطع الاصبع من المفصل الاعلى فشل ما بقي منها يكتفي بارش
واحد ان لم ينتفع بما بقي وان كان ينتفع به يجب دية المقطوع ويجب حكومة عدل في الباقي بالاجماع
وكذا اذا كسر نصف السن واسود ما بقي او اصفر او احمر يجب دية السن كله بالاجماع ولو قال اقطع المفصل الاعلى
واترك ما يبس او اكسر القدر المكسور من السن واترك الباقي لم يكن له ذلك لان الفعل في نفسه ما وقع
موجبا للقود فصار كما اذا شجه منقلة فقال اشجه موضحة واترك الباقي ليس له ذلك والاصل عنده ان
الفعل الواحد اذا اوجب مالا في البعض سقط القصاص سوا كانا عضوين او عضوا واحدا وعندهما في العضو
[illegible] القصاص مع وجوب المال وان كان عضوا واحدا لا يجب لهما في الخلافية ان الفعل في محلين مختلفين
[illegible] لان الفعل يتعدد بتعدد اثره فصار كجنايتين مبتداتين والشبهة في احدهما لا تتعدى
[illegible] الى رجل فاصابه ونفذ السهم الى غيره فقتله يجب القود في [illegible] الثاني
[illegible] اضطرب السكين فاصاب اصبعا اخرى خطا فانه يقتص
[illegible] ما بقي منها او قطع الاصبع من المفصل الاعلى فشل ما بقي منها او شلت اليد كلها
لانه لا يمكن ان يجعل فعلين مبتداين لاتحاد الفعل [illegible] ولابي حنيفة رحمه الله ان الجزاء بالمثل والجرح
الاول سار [illegible] فيسقط القصاص ويجب المال والدليل على انه سار انه لو فعله اثر

ومن شج رجلا موضحة فذهب عقله او شعر راسه دخل ارش الموضحة في الدية

وان ذهب سمعه او بصره او كلامه لا

فقال ان شج رجلا موضحة عمدا فذهب سمعه او بصره

وروى ابن سماعة عن محمد انه يجب القصاص في الشجة والدية في السمع والبصر

في نفس واحدة والسراية عبارة عن الآلام المتعاقب من الجناية على البدن ويتحقق ذلك في نفس واحدة في موضعين منها كما يتحقق في الطرف مع النفس بان مات من الجناية بخلاف النفسين فان الفعل في النفس الثانية مباشرة على حدة ليس بسراية الجناية الاولى اذ لا يتصور السراية من نفس الى نفس فلا بد ان يجعل ذلك في حكم فعل على حدة وفي النفس الواحدة لا يحتاج الى ان نجعله كفعلين لانه فعل واحد حقيقة والسراية فيها مقصورة فاورثت نهايته شبهة في الخطاء في البداية لان الفعل اذا صار لا يوجب القصاص بعاقبته اثر ذلك في بدايته وبخلاف ما اذا اضطرب السكين فقطع اصبعا اخرى حيث يجب القصاص في الاولى لان القطع في الاخرى ليس بالفعل الاول ولا تاثيره بل بفعل اخر مقصود فينفرد بحكمه او نقول ان ذهاب البصر ونحوه حصل بطريق التسبب فان الفعل الاول باق على اسمه لم يتغير والاصل في سراية الافعال ان لا يبقى الاول بعد ما حدثت السراية كالقطع اذا سرى الى النفس صار قتلا فلم يبق قطعا وههنا الشجة او القطع لم ينعدم بذهاب البصر ونحوه فكان الفعل الاول تسببا الى فوات البصر ونحوه بمنزلة حفر البير والتسبب لا يوجب القصاص وعن محمد رحمه الله في المسئلة الاولى وهو ما اذا شجه موضحة فذهب بصره انه يجب القصاص فيهما رواه ابن سماعة عنه ووجهه ان سراية الفعل تنسب الى الفعل شرعا حتى يجعل الفاعل مباشرا للسراية فيوخذ به كما لو سرى الى النفس فانه يجب القصاص ويعتبر قتلا بطريق المباشرة بخلاف ما لو قطع اصبعا فشلت بجنبها اخرى او شجه موضحة فذهب بها سمعه او كلامه حيث لا يجب القصاص في الشلل والسمع والكلام وانما يجب في المقطوعة والموضحة فقط لانه لا يجب القصاص في الشلل والسمع والكلام لعدم الامكان وفي البصر يجب لامكان الاستيفاء الا ترى انه لو اذهبه وحده بفعل مقصود منه يجب القصاص في البصر دون الشلل والسمع والكلام فافترقا ولو كسر بعض السن فسقطت ففيهما القصاص على رواية ابن سماعة وعلى الرواية المشهورة لا قصاص فيها ولو شجه فاوضحه ثم شجه اخرى فاوضحه فتآكلتا حتى صارتا شيئا واحدا فلا قصاص فيهما في المشهور وعلى رواية ابن سماعة عن محمد رحمه الله يجب القصاص والوجه فيهما ما بيناه **قال رحمه الله** وان قلع سنه فنبتت مكانها اخرى سقط الارش وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا عليه الارش كاملا لان الجناية وقعت موجبة له والتي نبتت نعمة مبتدأة من الله تعالى فصار كما لو اتلف مال انسان فحصل للمتلف عليه مال اخر ولابي حنيفة رحمه الله ان الجناية قد زالت ولهذا لو قلع سن صبي فنبتت مكانها اخرى لا يلزمه شيء بالاجماع وهذا لان الموجب فساد المنبت ولم يفسد حيث نبتت مكانها اخرى فلم تفت المنفعة به ولا الزينة وعن ابي يوسف انه يجب حكومة عدل لوجود الالم الحاصل هذا اذا نبتت مثل الاولى وان نبتت معوجة فعليه حكومة عدل عند ابي حنيفة رحمه الله ولو نبتت الى النصف فعليه نصف الارش ولو قلع سن غيره فردها صاحبها مكانها ونبت عليها اللحم فعلى القالع كمال الارش لان هذا لا يعتد به اذ العروق لا تعود وفي النهاية قال شيخ الاسلام هذا اذا لم تعد الى حالتها الاولى بعد النبات في المنفعة والجمال واما اذا عادت فلا شيء عليه كما لو نبتت وكذا اذا قطع اذنه فالصقها فالتحمت يجب على القاطع ارشها لانها لا تعود الى ما كانت عليه **قال رحمه الله** وان اقيد فنبتت سن الاول يجب معناه اذا قلع سن رجل فاقيد اي اقتص القالع ثم نبتت سن الاول [illegible] يجب على المقتضي له ارش سن المقتص منه لانه تبين انه استوفى بغير حق لان الموجب فساد [illegible] [illegible] حيث نبتت مكانها اخرى فانعدمت الجناية ولهذا يستانى حولا وينبغي ان ينتظر [illegible] [illegible] القصاص خوفا من [illegible] [illegible] في اعتبار ذلك تضييع الحقوق فاكتفينا بالحول لانه [illegible] على تقدير عدم الفساد فاذا مضى الحول ولم تنبت قضينا بالقصاص ثم اذا نبتت تبين انا اخطانا [illegible] الاستيفاء بغير حق غير انه سقط القصاص للشبهة فيجب المال وفي النهاية الصحيح انه يستانى في سن البالغ حتى يبرا دون نباته نادرا ولا يفيد تاجيله الى سنة فيؤخر الى البرء ليعلم عاقبته وعزاه الى التتمة والموجب سن

انسان فتحركت يستانى حولا ليظهر اثر فعله ولو سقطت سنه واختلفا قبل الحول فالقول للمضروب ليفيد التاجيل بخلاف ما اذا شجه موضحة ثم جاء وقد صارت منقلة حيث يكون القول للضارب وقد مضى لان الموضحة لا تورث المنقلة والتحريك يورث السقوط ولو اختلفا بعد الحول كان القول للضارب لانه منكر وقد مضى الاجل الذي ضرب للتبين ولو لم يسقط فلا شيء على الضارب ولو اسودت بالضرب او احمرت او اخضرت يجب الارش كاملا لزوال الجمال ولا يجب فيه القصاص لتعذر الامكان وكذا اذا كسر بعضه واسود الباقي او احمر او اخضر يجب فيه الارش كاملا ولا يجب فيه القصاص لما قلنا فاوجب في الاسوداد ونحوه كمال الارش ولم يفرق بين سن وسن وقالوا ينبغي ان يفصل بين الاضراس التي لا ترى وبين العوارض التي ترى فيجب في الاول حكومة عدل ان بقيت منفعة المضغ وان فاتت يجب الارش كله وفي الثاني يجب الارش كله كيف ما كان لفوات الجمال وان اصفرت تجب فيها حكومة عدل وقال زفر يجب فيها ارش السن كاملا لان الصفرة تؤثر في تفويت الجمال كالسواد قلنا ان الصفرة لا توجب تفويت الجمال ولا تفويت المنفعة فان الصفرة لون السن في اصل الخلقة في بعض الناس ولا كذلك السواد والحمرة والخضرة الا ان كمال الجمال في البياض فيجب في الصفرة حكومة عدل وروى محمد عن ابي حنيفة رحمه الله ان الصفرة في الحر لا توجب شيئا وفي العبد توجب حكومة عدل لان الصفرة من الوان السن والمقصود من السن الانتفاع بها والصفرة لا تخل به غير ان المقصود من المملوك المالية وهي قد تنقص بالصفرة وان اختلفا في حصول الاسوداد بضربه فالقول قول الضارب قياسا لانه منكر ولا يلزم من الضرب الاسوداد فصار انكاره كانكاره اصل الفعل وفي الاستحسان القول قول المضروب لان ما يظهر عقيب فعل من الاثر يحال على الفعل لانه السبب الظاهر الا ان يقيم الضارب البينة انه بغيره **قال رحمه الله** وان شج رجلا فالتحم ولم يبق له اثر او ضرب فجرح فبرئ وذهب اثره فلا ارش وهذا قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف عليه ارش الالم وهو حكومة عدل لان الشين الموجب زال فالالم الحاصل لم يزل وقال محمد رحمه الله عليه اجرة الطبيب لان ذلك لزمه بفعله فكانه اخذ ذلك من ماله واعطاه الطبيب وفي شرح الطحاوي فسر قول ابي يوسف عليه ارش الالم باجرة الطبيب والمداواة فعلى هذا لا خلاف بين ابي يوسف ومحمد ولابي حنيفة ان الموجب هو الشين الذي يلحقه بفعله وزوال منفعته وقد زال ذلك بزوال اثره والمنافع لا تتقوم الا بالعقد كالاجارة والمضاربة الصحيحتين او بشبهة العقد كالفاسد منهما ولم يوجد شيء من ذلك في حق الجاني فلا تلزمه الغرامة وكذا مجرد الالم لا يوجب شيئا لانه لا قيمة لمجرد الالم الا ترى ان من ضرب انسانا ضربا مولما من غير جرح لا يجب عليه شيء من الارش وكذا لو شتمه شتما يولم قلبه لا يضمن شيئا **قال رحمه الله** ولا قود بجرح حتى يبرأ وقال الشافعي يقتص منه في الحال لان الموجب قد تحقق فلا يؤخر كما في القصاص في النفس ولنا ما روي انه عليه السلام نهى ان يقتص من جرح حتى يبرا صاحبه رواه احمد والدارقطني ولان الجراحات يعتبر فيها ما لها لاحتمال ان يسري الى النفس فيظهر انه قتل فلا يعلم انه جرح الا بالبرء فيستقر به **قال رحمه الله** وكل عمد سقط قوده لشبهة كقتل الاب ابنه فديته في مال القاتل وكذا ما وجب صلحا او اعترافا او لم يكن نصف العشر اي نصف عشر الدية [illegible] عن ابن عباس موقوفا ومرفوعا لا تعقل العاقلة عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولان العاقلة [illegible] تخفيفا عليه وذلك يليق في المخطئ لانه معذور دون المتعمد لانه يوجب التغليظ [illegible] الصلح انما وجب بعقده والعاقلة لا تتحمل ما وجب بالعقد وانما تتحمل ما وجب بالقتل [illegible] لا تتحمله العاقلة لان له ولاية على نفسه دون عاقلته [illegible] [illegible] [illegible] لانه لا يؤدي الى الاجحاف والاستيصال بالجاني [illegible] [illegible] [illegible] حاجة [illegible] [illegible] يجب [illegible] الى ثلاث سنين الا ما وجب بالصلح فانه يجب حالا لانه وجب بالعقد [illegible] بخلاف غيره وما دون ارش الموضحة يجب في سنة لانه دون ثلث الدية والثلث وما دونه

يجب في سنة وقال الشافعي ما وجب بقتل الاب ابنه يجب حالا لان القصاص سقط شرعا الى بدل فيكون ذلك البدل حالا كساير المتلفات والتاجيل في دية القتل خطاء ثبت شرعا تخفيفا لانه معذور ولا كذلك العامد فلا يستحق التخفيف فيجب حالا الا ترى ان تحميل العاقلة لما كان تخفيفا عنه لا يستحقه فكذا هذا التخفيف ولان الدية بدل المقتول وحقه في نفسه حال فكذا في الدية تحقيقا لمعنى الجبر ولنا ان هذا مال وجب بنفس القتل فيكون كما اذا وجب بالقتل خطاء او شبه عمد او بالاعتراف بخلاف ما وجب بالصلح لانه مال وجب بالعقد ابتداء فلا يتاجل الا بالشرط كساير العقود والمعنى فيه ان المتلف ليس بمال وما ليس بمال لا يضمن بالمال اصلا لانه ليس بقيمة له اذ لا يقوم مقامه وقيمة الشيء ما يقوم مقامه وانما عرفنا تقومه بالمال بالشرع والشرع انما قومه بدية موجلة الى ثلاث سنين وايجاب المال حالا زيادة على ما اوجبه الشرع وصفا فلا يجوز كما لا يجوز ايجاب الزيادة على ما اوجبه الشرع قدرا قال رحه وعمد الصبي والمجنون خطاء وديته على عاقلته ولا تكفير فيه ولا حرمان عن الميراث والمعتوه كالصبي وقال الشافعي عمده عمد فتجب الدية في ماله لان العمد هو القصد وهو ضد الخطاء فمن يتحقق منه الخطاء يتحقق منه العمد ولهذا يؤدب ويعزر والتعزير يكون على فعل يقع عمدا لا خطاء وكان ينبغي ان يجب القصاص الا انه سقط للشبهة لانهم ليسوا من اهل العقوبة فيجب عليهم موجبه الاخر وهو المال لانه اهل لوجوبه عليهم فصار نظير السرقة فانهم اذا سرقوا لا تقطع ايديهم ويجب عليهم ضمان المال المسروق لما قلنا ولهذا وجب عليهم التكفير بالمال لانه اهل للغرامة المالية دون الصوم لعدم الخطاب ولهذا يحرم الميراث عنده بالقتل ولنا ان مجنونا صال على رجل بسيف فضربه فرفع ذلك الى علي رضي الله عنه فجعل عقله على عاقلته بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم وقال عمده وخطاؤه سواء ولان الصبي مظنة المرحمة قال عليه السلم من لم يرحم صغيرنا ولم يوقر كبيرنا فليس منا والعاقل الخاطي لما استحق التخفيف حتى وجبت الدية على عاقلته فهؤلاء وهم اعذر اولى بهذا التخفيف فيجب على العاقلة اذا كان الواجب قدر نصف العشر او اكثر بخلاف ما دونه لانه يسلك به مسلك الاموال كما في البالغ العاقل ولا نسلم تحقق العمد منهم لانه عبارة عن القصد وهو يترتب على العلم والعلم بالعقل وهم عديمو العقل او قاصروه فكيف يتحقق منهم القصد وصار كالنايم وحرمان الارث عقوبة وهم ليسوا من اهلها والكفارة كاسمها ستارة ولا ذنب لهم لتستره لانهم مرفوع عنهم القلم ولان الكفارة دايرة بين العبادة والعقوبة بمعنى ان فيها معنى العبادة ومعنى العقوبة ولا تجب عليهم عبادة ولا عقوبة وكذا سبب الكفارة يكون دايرا بين الحظر والاباحة لتكون العقوبة بالحظر وفعلهم لا يوصف بالجناية لانها اسم لفعل محظور وكل ذلك ينبني على الخطاب وهم ليسوا مخاطبين فكيف تجب عليهم الكفارة

فصل في الجنين

قال رحه ضرب بطن امراة فالقت جنينا ميتا يجب غرة نصف عشر الدية والغرة الخيار غرة المال خياره كالفرس والبعير النجيب والعبد والامة الفارهة وقيل انما سمي ما يجب في الجنين غرة لانه اول مقدار ظهر في باب الدية وغرة الشيء اوله كما سمي اول الشهر غرة وسمي وجه الانسان غرة لانه اول شيء يظهر منه [illegible] نصف عشر الدية دية الرجل لو كان الجنين ذكرا وفي الانثى عشر دية المراة وكل منهما خمسماية د[illegible] ولهذا لم يبين في المختصر انه ذكر او انثى لان دية المراة نصف دية الرجل فالعشر من د[illegible] العشر من دية [illegible] القياس ان لا يجب شيء في الجنين لانه لم تتيقن حياته والظاهر [illegible] للاستحقاق [illegible] ولهذا لا يجب في جنين البهيمة الا نقصان الام ان نقصت والا فلا [illegible] لانه يعتبر به منع حدوث الحيوة فيه فيكون بدل الكل من حق للروح ولهذا المغرور [illegible] لانه منع من حدوث الرق فيه [illegible] وجه الاستحسان ما روي ان امراة من هذيل ضربت بطن امراة بحجر فقتلتها وما في بطنها فاختصموا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم

[Margin:] والمعتوه اذا سرقوا لا تقطع ... ويجب عليهم ضمان المال المسروق

[Margin:] عمده

[Margin:] وهو الولد ما دام في الرحم فاذا استتم ... نهاية

فقضى ان دية جنينها غرة عبد او وليدة وقضى بدية المراة على عاقلتها رواه البخاري ومسلم واحمد وهي على العاقلة عندنا وقال مالك في ماله لانه بدل الجزء ولنا انه عليه السلم قضى بالغرة على العاقلة ولانه بدل النفس من وجه ولهذا قال عليه السلم دوه والدية بدل النفس وتجب في سنة وقال الشافعي في ثلاث سنين لانه بدل النفس الا ترى انه يورث وبدل العضو يكون لصاحب العضو ولنا ما روي عن محمد بن الحسن انه قال بلغنا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالغرة على العاقلة في سنة ولانه ان كان بدل النفس من حيث انه نفس على حدة فهو بدل العضو ايضا من حيث الاتصال بالام فعملنا بالشبهين بالاول في حق التوريث وفي حق وجوب الدية وان لم يحصل بالام نقصان وبالثاني في حق التاجيل الى سنة لان بدل العضو اذا كان ثلث الدية او اقل يجب في سنة واحدة بخلاف اجزاء الدية حيث يجب كل جزء منها في ثلاث سنين حتى لو قتل عشرة انفس يجب على عاقلة كل واحد منهم عشر الدية في ثلاث سنين ويستوي في الجنين الذكر والانثى لاطلاق ما روينا ولان التفاوت في الاحياء انما يثبت لتفاوت معنى الادمية في المالكية فان الذكر يملك المال والنكاح والانثى لا تملك سوى المال فكان الذكر ازيد فيما هو من خصايص الادمية وهذا المعنى في الجنين معدوم اذ لا يملك ولا يستحق سوى الاعتاق وتوابعه والنسب ولا يستحق شيئا من المال الا بطريق الارث والوصية فيستوي الذكر والانثى فيها ولانه قد لا يعرف الذكر من الانثى فيقدر الكل بمقدار واحد تيسيرا قال رحه فان القته حيا فمات فدية اي تجب دية كاملة لانه اتلف ادميا خطاء او شبه عمد فيجب فيه الدية كاملة قال رحه وان القته ميتا فماتت الام فدية وغرة لما روينا ولانه جنى جنايتين فيجب عليه موجبهما وهذا لما عرف ان الفعل يتعدد بتعدد اثره فصار كما اذا رمى فاصاب شخصا ونفذ منه الى اخر فقتله فانه يجب عليه ديتان ان كانا خطائين وان كان الاول عمدا يجب القصاص والدية قال رحه وان ماتت فالقت ميتا فدية فقط وقال الشافعي تجب الغرة مع الدية لان الجنين مات بضربه ظاهرا فصار كما اذا القته ميتا وهي بالحياة ولنا ان موت الام سبب لموته ظاهرا لان حياته بحياتها وتنفسه بتنفسها فيختنق بموتها فلا يكون في معنى ما ورد به النص اذ الاحتمال فيه اقل فلا يضمن بالشك وان القته حيا بعد ما ماتت يجب عليه ديتان دية الام ودية الولد لانه قتل شخصين كما اذا القته حيا ومات قال رحه وما يجب فيه يورث عنه ولا يرث الضارب فلو ضرب بطن امراته فالقت ابنه ميتا فعلى عاقلة الاب غرة ولا يرث منها وانما يورث لانه نفس من وجه على ما بينا والغرة بدله فيرثها ورثته ولا يرث الضارب من الغرة شيئا لانه قاتل مباشرة ظلما ولا ميراث للقاتل بهذه الصفة قال رحه وفي جنين الامة لو ذكرا نصف عشر قيمته لو كان حيا وعشر قيمته لو انثى وقال الشافعي رحمه الله يجب فيه عشر قيمة الام لانه جزء من وجه وضمان الاجزاء يوخذ مقدارها من الاصل ولهذا يجب في جنين الحرة عشر ديتها بالاجماع وهو الغرة ولنا انه بدل نفسه فلا يقدر بغيره اذ لا نظير له في الشرع والدليل على انه بدل نفسه ان الامة [illegible] على انه لا يشترط فيه نقصان الاصل ولو كان ضمان الطرف لما وجب الا عند نقصان الاصل ويؤيد [illegible] في جنين الحرة موروث ولو كان بدل الطرف لما ورث والحر والعبد لا يختلفان في ضمان الطرف وانما يختلفان في ضمان النفس ولو كان ضمان الطرف لما ورث في الحر فاذا ثبت انه ضمان النفس [illegible] الحرة بنفس الجنين لا بنفس غيره كما في ساير المضمونات ولا نسلم ان [illegible] بدية الام [illegible] لو كان حيا يجب نصف عشر ديته ان كان ذكرا وعشر ديته [illegible] فقال في جنين [illegible] قيمته لان كل ما كان مقدرا من دية الحر فهو مقدر من قيمة العبد فيجب نصف عشر قيمته ان كان ذكرا وعشر قيمته ان كان انثى وعن ابي يوسف انه يجب ضمان نقصان الام ان انتقصت بذلك اعتبارا بجنين البهايم وهذا على اصله مستقيم لان الضمان في قتل الرقيق ضمان مال عنده مطلقا ولهذا يجاوز [illegible]

[Margin:] دية الجنين على العاقلة وتجب في سنة

[Margin:] اي ادوا ديته نهاية

[Margin:] عبارة عن المال الذي هو ...

[Margin:] وهو قوله عليه السلام في الجنين غرة عبد او امة قيمته خمسماية درهم نهاية

[Margin:] في الدية بان قال دية الذكر الف دينار ودية الانثى خمسماية دينار نهاية

[Margin:] والكفارة لكونه قاتلا نفسا حية خطاء ...

[Margin:] لانه قاتل بغير حق مباشرة ولا ميراث ...

[Margin:] وهذا اذا كان الجنين حرا بان كان ... او ولد امة علقت من مولاها او من المغرور بحريتها محيط

[Margin:] لا بد من قيد هاهنا وهو ان يقال في جنين الامة التي لم تحمل من مولاها ولا من المغرور ... حملت من مولاها ومن المغرور كان ... الحر

دية الحر غلاما والاصل هو الظاهر اعتبارا بالحرة لان الوجوب للصيانة وهما في الحاجة اليها سواء وهذا اذا كان
الجنين من غير مولاها ومن غير المغرور واما اذا كان من احدهما ففيه الغرة المذكورة في جنين الحرة ذكرا كان
او انثى لانه حر **قال رحمه الله** فان حرره سيده بعد ضربه فالقته فمات ففيه قيمته حيا ولا تجب الدية وان
مات بعد العتق لان الوجوب بالضرب والضرب صادفه وهو رقيق فتجب قيمته حيا لانه صار قاتلا له وهو
حي فاعتبرنا حالتي السبب والتلف فاوجبنا عليه القيمة باعتبار حالة السبب وهو الضرب لانه قنّ حينئذ
واوجبنا عليه القيمة باعتبار حالة التلف كانه ضربه في الحال وكان ينبغي ان يجب ما نقص بضربه الى ان
يوجد العتق كما لو قطع يد عبد او جرحه فاعتقه المولى ثم مات يجب عليه ارش اليد والجرح وما نقص من قيمته
الى العتق لان العتق يقطع السراية لكن اعتبر فيه الحالتان فجعل كان الضرب لم يوجد في حق الجنين لان
المقصود بالضرب الام واوجبنا القيمة دون الدية لانه صار قاتلا له بالضرب الاول فصار كما لو رمى
عبدا فاعتقه المولى ثم وقع عليه السهم فمات فانه يجب عليه القيمة للمولى لان الرمي ليس بجناية ما لم يتصل
بالمحل فلا يجب فيه شيء بدون الاتصال به بخلاف القطع والجرح لانه جناية في الحال والعتق يقطع السراية
ومع هذا تجب القيمة دون الدية لانه يصير قاتلا له وقت الرمي لان الفعل المملوك له وقال فخر الاسلام
قال بعض مشايخنا معنى قوله ضمن اي الدية وقوله ولا تجب الدية ليس هو من الجامع الصغير ووجهه
ان الضرب وقع على الام فلم يعتبر جناية في حق الجنين الا بعد الانفصال حيا وكذلك لم تنقطع سرايته
بخلاف من جرح فاعتقه مولاه وقال بعضهم بل المراد به حقيقة القيمة لان الجناية قد تمت منه لكن لا
يعتبر في حق الجنين مقصودا الا بعد الانفصال فاشبه الرمي الذي تم من الرامي ولا يعتبر في حق المرمي
اليه الا بعد الاصابة وقيل هذا عندهما وعند محمد تجب قيمته ما بين كونه مضروبا الى كونه غير مضروب
لان العتق قاطع للسراية **قال رحمه الله** ولا كفارة في الجنين وقال الشافعي تجب الكفارة لانه نفس من وجه
فتجب احتياطا لما فيها من العبادة ولنا ان الكفارة فيها معنى العقوبة لانها شرعت زاجرة وفيها معنى
العبادة لانها تتادى بالصوم وقد عرف وجوبها في النفوس المطلقة فلا تتعداها لان العقوبة لا يجرى
فيها القياس وقول الشافعي متناقض فيه لانه كان يعتبره جزءا حتى اوجب عليه عشر قيمة الام وهنا
اعتبره نفسا حتى اوجب فيه الكفارة ونحن اعتبرناه جزءا من وجه ولهذا لم يجب فيه كل البدل فكذا لا
يجب فيه الكفارة ولان الاعضاء لا كفارة فيها الا اذا تبرع هو بها لانه ارتكب محظورا فاذا تقرب بها
الى الله تعالى كان افضل له وليستغفر الله تعالى مما صنع من الجريمة العظيمة والجنين الذي استبان
بعض خلقه كالتام في جميع ما ذكرنا من الاحكام لاطلاق ما روينا ولانه ولد في حق الاحكام كامومية الولد
وانقضاء العدة به والنفاس وغير ذلك فكذا في حق هذا الحكم ولانه به يتميز من العلقة والدم
فلا بد منه **قال رحمه الله** وان شربت دواء لتطرحه او عالجت فرجها حتى اسقطته ضمن عاقلتها الغرة ان
فعلت بلا اذن لانها اتلفته متعدية فيجب عليها ضمانه وتتحمل عنها العاقلة لما بينا ولا ترث هي
شيئا لانها قاتلة بغير حق والقاتل لا يرث بخلاف ما اذا فعلت ذلك باذن زوجها حيث لا يجب
لعدم التعدي ولو فعلت ام الولد ذلك بنفسها حتى اسقطت فلا شيء عليها ما لم تستحق لا ...
... على المولى ... ولو استحقت وجب للمولى غرة لانه تبين انه ليس على ملكه ...
... وولد المغرور حر ... وهي متعدية بذلك الفعل فصارت قاتلة للجنين ...
... ان شبت ... لانه الحكم في جناية المملوك

باب ما يحدثه الرجل في الطريق قال رحمه الله

العاقل الحر او الذمي لان لكل منهم المرور بنفسه وبدابته فيكون له الخصومة بنقضه كما في الملك
المشترك بخلاف العبيد والصبيان المحجور عليهم حيث لا يؤمر بالهدم بطلبهم لان خصومة المحجور
عليه لا تعتبر في مثله بخلاف الذمي هذا اذا بنى لنفسه واما اذا بنى للمسلمين كالمسجد ونحوه فلا ينقض
كذا روي عن محمد رحمه الله وقال اسمعيل الصفار انما ينقض بخصومته اذا لم يكن له مثل ذلك فان كان له
مثله لا يلتفت الى خصومته لانه لو اراد به ازالة الضرر عن الناس لبدأ بنفسه وحيث لم يزل ما في قدرته
علم انه متعنت ثم الكلام في هذه المسئلة في ثلاث مواضع احدها في انه هل يحل له احداثه في الطريق
ام لا والثاني في الخصومة في منعه من الاحداث فيه ورفعه بعده والثالث في ضمان ما يتلف من هذه
الاشياء اما الاحداث فقد قال شمس الائمة ان كان الاحداث يضر باهل الطريق فليس له ان يحدث ذلك
وان كان لا يضر باحد لسعة الطريق جاز له احداثه فيه ما لم يمنع منه لان الانتفاع في الطريق بالمرور فيه
من غير ان يضر باحد جائز فكذا ما هو مثله فيلحق به اذا احتاج اليه واذا اضر بالمارة لا يحل له لقوله عليه السلام
لا ضرر ولا ضرار في الاسلام وهذا نظير من عليه الدين فانه لا يسعه التاخير اذا طالبه صاحبه ولو لم
يطالبه جاز له تاخيره وعلى هذا القعود في الطريق للبيع والشراء يجوز ان لم يضر باحد وان اضره
لم يجز لما قلنا واما الخصومة فيه فقال ابو حنيفة رحمه الله لكل احد من عرض الناس ان يمنعه من الوضع وان
يكلفه الرفع بعد الوضع سواء كان فيه ضرر او لم يكن اذا وضع بغير اذن الامام لان فيه افتياتا على رايه
لان التدبير في امور العامة الى الامام وعلى قول ابي يوسف لكل احد ان يمنعه من الوضع قبل الوضع لا
بعده لانه بالوضع صار في يده خاصة والذي يخاصمه بعد ذلك يريد ابطال يده الخاصة وليس لاحد يد
فيه والذي يريد الاحداث يقصد ابطال اليد العامة وادخاله في يده الخاصة فكان لكل احد ان
يمنعه من ذلك وعلى قول محمد ليس لاحد ان يمنعه قبل الوضع ولا بعده اذا لم يكن فيه ضرر بالناس
لانه ماذون له في احداثه شرعا الا ترى انه يجوز له ذلك اذا لم يمنعه احد والمانع منه متعنت فلا يمكن
من ذلك فصار كما لو اذن له الامام بل اولى لان اذن الشارع اقوى ولاية فصار كالمرور حتى
لا يجوز لاحد ان يمنعه منه وجوابه ان هذا انتفاع بما لم يوضع له الطريق فكان لهم منعه وان كان جائزا
في نفسه بخلاف المرور فيه لانه انتفاع بما وضع له فلا يكون لاحد منعه **قال رحمه الله** وله التصرف في النافذ
الا اذا اضر اي له ان يتصرف باحداث الجرصن وغيره مما تقدم ذكره في الطريق النافذ اذا لم يضر
بالعامة معناه اذا لم يمنعه احد على ما ذكرناه والخلاف الذي فيه فلا نعيده **قال رحمه الله** وفي غيره لا يتصرف
الا باذنهم اي في غير النافذ من الطريق لا يتصرف احد باحداث ما ذكرنا الا باذن اهله لان الطرق التي
ليست بنافذة مملوكة لاهلها فهم فيها شركاء ولهذا يستحقون بها الشفعة والتصرف في الملك المشترك من الوجه
الذي لم يوضع له لا يملك الا باذن الكل اضر بهم او لم يضر بخلاف النافذ لانه ليس لاحد فيه ملك فيجوز الانتفاع
به ما لم يضر باحد ولانه اذا كان الطريق نافذا كان حق العامة فيتعذر الوصول الى اذن الكل فجعل كل
واحد كانه هو المالك وحده في حق الانتفاع ما لم يضر باحد ولا كذلك غير النافذ لان الوصول الى ارضائهم
ممكن حقيقة وحكما **قال رحمه الله** فان مات احد بسقوطها فديته على عاقلته كما لو حفر بيرا في طريق
او وضع فيه ... به انسان اي اذا مات انسان بسقوط ما ذكره من كنيف ...
... الطريق لانه سبب لهلاكه متعد في احداث ما يضر به المارة ...

وان اصابه ما كان خارجا منه فالضمان على من وضعه لانه متعد فيه بشغل هواء الطريق ولو اصابه
الطرفان وعلم ذلك وجب النصف وهدر النصف فصار كما اذا جرحه انسان وسبع ومات منهما ولو لم يعلم
اى طرف اصابه ففى القياس لا يجب عليه شىء لانه ان اصابه ما كان خارجا يضمن وان اصابه ما كان داخلا
لا يضمن فلا يضمن بالشك لان فراغ ذمته كان ثابتا بيقين وفى الشغل شك وفى الاستحسان يضمن النصف
لانه فى حال يضمن الكل وفى حال لا يضمن شيئا فيضمن النصف ولا يقال ينبغى ان يضمن ثلاثة ارباع الدية لانه
يضمن فى حالة النصف وهو ما اذا اصابه الطرفان فيتنصف فيكون مع النصف الاول ثلاثة ارباع لان احوال
الاصابة حالة واحدة فلا يتعدد لاستحالة اجتماعها بخلاف حالة الحرمان ولو اشرع جناحا الى الطريق ثم باع
الكل فاصاب الجناح رجلا فقتله او وضع خشبة فى الطريق ثم باع الخشبة وتركها المشترى حتى عطب بها
انسان فالضمان على البائع لان فعله لم ينفسخ بزوال ملكه وهو الموجب بخلاف الحائط المائل اذا باعه بعد الاشهاد
عليه ثم سقط فى ملك المشترى على انسان حيث لا يضمن البائع ولا المشترى لان المشترى لم يشهد عليه وهو
شرط فى الحائط المائل وفى حق البائع قد بطل الاشهاد الاول لان الملك شرط لصحة الاشهاد فيبطل بخروجه عن
ملكه لانه لا يتمكن من نقض ملك الغير وفيما نحن فيه انما يضمن باشغال هواء الطريق لا باعتبار الملك والاشغال
باق بعد البيع فيضمن الا ترى ان ذلك الاشغال لو حصل من غير مالك كالمستاجر والمستعير او الغاصب يضمن
وفى الحائط لا يضمن غير المالك ولو وضع فى الطريق جمرا فاحترق به شىء يضمنه لانه متعد فيه ولو حركت
الريح عين الجمر فحولته الى موضع اخر فاحرق شيئا لا يضمن لنسخ الريح فعله بالتحول وان حركت النار يضمن
عند بعضهم لان العين باقية فلم ينفسخ فعله فكانت الجناية باقية وقيل اذا كان اليوم ريحا يضمن وان
لم تنسخ ايضا لانه فعل ذلك مع علمه بعاقبته وقد افضى اليها فيضمن كمباشرته او بمنزلة دابة جالت
فى رباطها ولو استاجر رب الدار الفعلة لاخراج الجناح او الظلة فوقع قبل ان يفرغوا من العمل فقتل
انسانا فالضمان عليهم لان التلف بفعلهم لان العمل لم يكن مسلما الى رب الدار قبل فراغهم منه فانقلب
فعلهم قتلا حتى وجبت عليهم الكفارة ويحرمون من الارث بخلاف ما تقدم من المسائل من اخراج الجناح او الميزاب
او الكنيف الى الطريق فقتل انسانا بسقوطه حيث لا تجب فيه الكفارة ولا يحرم من الارث لانه تسبب وهنا
مباشرة والقتل غير داخل فى عقده فلم يستند فعلهم اليه فاقتصر عليهم وقال شيخ الاسلام هذا على
وجوه اما ان قال لهم ابنوا لى جناحا على فناء دارى فانه ملكى او لى فيه حق اشراع الجناح اليه من القديم ولم يعلموا
الفعلة ثم ظهر بخلاف ما قال ثم سقط فاصاب شيئا فالضمان على الاجراء ويرجعون بالضمان على الامر قياسا
واستحسانا سواء سقط قبل الفراغ من العمل او بعده لان الضمان وجب على العامل بامر الامر فكان له ان يرجع
به عليه كما لو استاجر شخصا ليذبح له شاة ثم استحقت الشاة بعد الذبح كان للمستحق ان يضمن الذابح
ويرجع الذابح به على الامر فكذا هذا واما ان قال اشرعوا لى جناحا على فناء دارى واخبرهم انه ليس
له حق الاشراع فى القديم او لم يخبرهم حتى بنوا ثم سقط فاتلف شيئا ان سقط قبل الفراغ من العمل فالضمان
عليهم ولم يرجعوا به على الامر قياسا وان سقط بعد الفراغ من العمل فكذلك فى جواب القياس
امرهم بما لا يملك مباشرته بنفسه وقد علموا بفساد امره فلم يحكم بالضمان على المستاجر كما لو
[illegible] ليذبح شاة جاره [illegible] علمه فذبح ثم ضمن الذابح الجار لم يرجع به على الامر وكذا لو
[illegible] الطريق ثم سقط فاتلف شيئا لم يرجعوا به على الامر [illegible]
الضمان على الامر لان هذا الامر صحيح من حيث ان فناء داره مملوك له [illegible] بمعنى انه يباح
له الانتفاع بشرط السلامة [illegible] يكون غير صحيح [illegible] مملوك له من حيث انه لا يجوز بيعه فمن حيث ان
الامر صحيح يكون قرار الضمان على الامر بعد الفراغ من العمل ومن حيث انه فاسد يكون الضمان على العامل

قوله جرحه انسان وسبع وجب النصف

قوله الاشهاد شرط فى الحائط المائل

قوله اشغال الطريق من المستاجر ونحوه

قوله الفعلة قبل الفراغ من العمل فالضمان على الفعلة

قوله ذبح شاة بامر غيره فاستحقت فالضمان عليه ثم يرجع به على الامر

قوله استاجره ليذبح شاة جاره فذبح فالضمان على الذابح ولا يرجع

قبل الفراغ من العمل عملا بهما واظهار شبه الصحة بعد الفراغ من العمل اولى من اظهاره قبل الفراغ لان امر
الامر انما صح من حيث انه يملك الانتفاع بفناء داره وانما يحصل ذلك بعد الفراغ من العمل قوله كما لو
حفر بئرا فى طريق او وضع حجرا فتلف به انسان اى القتل بسقوط الميزاب ونحوه كالقتل بحفر البير ووضع
الحجر فى الطريق لان كل واحد منهما قتل بسبب حتى لا يجب فيه الكفارة ولا يحرم الميراث فيكون حكمه كحكمه فيما ذكرناه
قال رحمه الله ولو بهيمة فضمانها فى ماله اى لو كان الهالك فى البير او بسقوط الجرص بهيمة يكون ضمانها
فى ماله لان العاقلة لا تتحمل ضمان المال والقاء التراب واتخاذ الطين فى الطريق بمنزلة القاء الحجر والخشبة
لان كل ذلك تسبب بطريق التعدى بخلاف ما اذا كان فى ملكه لعدم التعدى وبخلاف ما اذا كنس الطريق
فعطب بموضع كنسه انسان حيث لم يضمن لانه ليس بمتعد فيه لانه لم يحدث فيه شيئا انما قصد اماطة الاذى
من الطريق حتى لو جمع الكناسة فى الطريق وعطب بها انسان ضمن لوجود التعدى لشغله الطريق ولو وضع
حجرا فنحاه غيره عن موضعه فتلف به نفس او مال كان ضمانه على من نحاه لان فعل الاول قد انتسخ وكذا
اذا صب الماء فى الطريق او رش او توضى فعطب به نفس او مال يضمن لانه متعد فيه بخلاف ما اذا فعل
ذلك فى سكة غير نافذة وهو من اهلها او قعد فيه او وضع خشبة او متاعه لان لكل احد من اهلها ان
يفعل ذلك لكونه من ضرورات السكنى كما فى الدار المشتركة بخلاف الحفر فانه ليس من ضرورات السكنى
فيضمن ما عطب به كالدار المشتركة غير انه لا يضمن فى السكة ما نقص بالحفر وفى الدار المشتركة يضمن لان
لشريكه ملكا حقيقة فى الدار حتى يبيع نصيبه ويقسمه بخلاف السكة قالوا هذا اذا رش ماء كثيرا بحيث
يزلق فيه عادة واما اذا لم يجاوز المعتاد لا يضمن ولو تعمد المرور فى موضع الصب مع علمه بذلك لا يضمن
الراش لانه هو الذى خاطر بنفسه كمن وثب فى البير من جانب الى جانب فوقع فيها بخلاف ما اذا كان بغير
علمه بان كان ليلا او اعمى وقيل يضمن مع العلم ايضا اذا رش جميع الطريق لانه مضطر فى المرور فيه
وكذلك الحكم فى الخشبة الموضوعة فى الطريق وفى اخذها جميع الطريق او بعضه ولو رش فناء حانوت
باذن صاحبه فضمان ما عطب على الامر استحسانا ولو استاجر اجيرا ليبنى له فى فناء حانوته فاصاب انسانا
فمات فان كان بعد فراغه يجب على الامر استحسانا وان بنى فى وسط الطريق فالضمان على الاجير لفساد الامر
وان حفر بالوعة فى الطريق فان امره السلطان بذلك لا يضمن لانه غير متعد فيه لان له ولاية فى امور العامة
وبغير امره يضمن ما عطب فيها لوجود التعدى لانه وان كان مصلحا فهو مقيد بشرط السلامة وكذا
الجواب على هذا التفصيل فى جميع ما فعل فى طريق العامة مما ذكرناه وغيره لان المعنى لا يختلف وفناء داره
كداره حتى لا يضمن ما عطب بما حفر فيه لان له ذلك لمصلحة داره والفناء فى تصرفه وقيل هذا اذا كان الفناء
مملوكا او كان له حق الحفر بان اذن له الامام او كان لا يضر باحد لانه غير متعد فيه اما اذا كان لجماعة
المسلمين او مشتركا بان كان فى سكة غير نافذة يضمنه لانه سبب متعد فيه وهذا صحيح ولو وقع رجل
فى البير المحفورة فى طريق العامة فمات فيه جوعا او عطشا او غما فلا ضمان على الحافر عند ابى حنيفة رحمه الله
لانه مات لمعنى فى نفسه والضمان انما يجب اذا مات من الوقوع وقال ابو يوسف فى الجوع كذلك وان مات
غما فالضمان على الحافر لانه لا سبب للغم سوى الوقوع فيه اما الجوع والعطش فلا يختص
[illegible] هو ضامن فى الوجوه كلها لان ذلك حصل له بسبب
قال رحمه الله ومن جعل بالوعة فى طريق بامر سلطان او فى [illegible]
[illegible] الامام [illegible]
[illegible] باذن الامام [illegible] التعدى منه فيهما
[illegible] لان الواضع متسبب والمار مباشر فصار هو

قوله وضع حجرا والقاء التراب والخشبة مضمون

قوله وان مات غما بان الحفر عدوانا

قوله الاعظم

صاحب علق فلا يعتبر التسبيب معه وقد بيناه وامثاله فيما مضى وان المستاجر اجرا يعرفون له في غير فنائه
فضمانه على المستاجر ولا شيء على الاجراء ان لم يعلموا انها في غير فنائه لان امره به قد صح اذا لم يعلموا فنقل
فعلهم الى الامر لانهم مغرورون من جهته فصار كما اذا امر اخر بذبح هذه الشاة فذبحها ثم ظهر ان الشاة
لغيره الا انه في الشاة يضمن المامور ويرجع به على الامر لكونه مغرورا من جهته وهنا يجب الضمان على
المستاجر ابتدا لان كل واحد منهما مسبب والاجير غير متعد والمستاجر متعد فرجح جانبه فان علموا بذلك
فالضمان على الاجراء لان امره لم يصح لانه لا يملك ان يفعل بنفسه ولا غرور من جهته لعلمهم بذلك فبقي الفعل
مضافا اليهم ولو قال لهم هذا فنائي وليس لي حق الحفر فيه فحفروا فمات فيه انسان فالضمان على الاجراء قياسا
لانهم علموا بفساد الامر فلم يغرهم وفي الاستحسان الضمان على المستاجر لان كونه فناء له بمنزلة كونه مملوكا له
لانطلاق يده في التصرف فيه من القاء الطين والحطب وربط الدابة والركوب وبناء الدكان فكان
امرا بالحفر في ملكه ظاهرا بالنظر الى ما ذكرنا فكذا ينقل اليه وقال شيخ الاسلام اذا كان الطريق معروفا
انه للعامة ضمنوا سواء قال لهم انه لي او لم يقل لعلمهم بفساد امره **قال رحمه الله** ومن حمل شيا في الطريق
فسقط على انسان ضمن سواء تلف بالوقوع او بالعثرة به بعد الوقوع لان حمل المتاع في الطريق على راسه
او على ظهره مباح له لكنه مقيد بشرط السلامة بمنزلة الرمي الى الهدف او الصيد **قال رحمه الله** ولو كان
رداء قد لبسه فسقط لا اي لو كان المحمول رداء قد لبسه فسقط على انسان فعطب به لا يضمن والفرق
بينهما وبين الشيء المحمول ان حامل الشيء يقصد حفظه فلا حرج بالتقييد بوصف السلامة واللابس
لا يقصد حفظ ما لبسه فيخرج بالتقييد بوصف السلامة فجعل مباحا في حقه مطلقا وعن محمد رحمه الله انه اذا
لبس زيادة على قدر الحاجة او ما لا يلبس عادة كاللبد والجوالق والدرع من الحديد في غير الحرب ضمن لانه
لا ضرورة الى لبسه وسقوط الضمان باعتبارها العموم البلوى **قال رحمه الله** مسجد لعشيرة فعلق رجل
منهم قنديلا او جعل فيه بواري او حصاة فعطب به رجل لا يضمن وان كان من غيرهم ضمن وهذا عند ابي حنيفة
وقالا لا يضمن في الوجهين لان هذه قربة يثاب عليها الفاعل فصار كاهل المسجد وكما لو كان باذنهم
وهذا لان بسط الحصير وتعليق القنديل من باب التمكين من اقامة الصلاة فيه فيكون من باب التعاون
على البر والتقوى فيستوي فيه اهل المسجد وغيرهم وله ان التدبير فيما يتعلق بالمسجد لاهله دون
غيرهم كنصب الامام واختيار المتولي وفتح بابه واغلاقه وتكرار الجماعة حتى لا يعتد بمن سبقهم
في حق الكراهية ولعدمهم يكره فكان فعلهم مباحا مطلقا غير مقيد بشرط السلامة وفعل غيرهم مقيد بها
وقصد القربة لا ينافي الغرامة اذا اخطأ الطريق كما اذا تفرد بالشهادة على الزنى وكما اذا وقف على
الطريق لاماطة الاذى او لدفع الظلم فعثر به غيره يوجر على ذلك ويغرم والطريق فيه الاستيذان
من اهله وقال الحلواني اكثر المشايخ اخذوا بقولهما وعليه الفتوى وعن ابي سلام باني المسجد اولى
بالعمارة والقوم اولى بنصب الامام والموذن وعن الاسكاف الباني احق بذلك قال ابو الليث وبه نأخذ
الا ان ينصب والقوم يرون من هو اصلح لذلك **قال رحمه الله** وان جلس [illegible] فيه اي في
[illegible] احد ضمن ان كان في غير الصلوة وان كان فيها لا وهذا عند ابي [illegible] حنيفة
[illegible] على كل حال [illegible] السا لقراءة القران او للتعلم او للصلاة [illegible] او نام فيه
[illegible] فعله فيه للحديث فهو على هذا الاختلاف واما [illegible]
[illegible] هذا الاختلاف [illegible] بالاخلاف وصلاة [illegible] التطوع كالفرض [illegible] المساجد
بنيت للصلاة والذكر قال الله تعالى في بيوت اذن الله ان ترفع ويذكر فيها اسمه وقال [illegible]
[illegible] في المساجد فاذا بنيت لها لا يمكنه اداء الصلاة مع جماعة الا بانتظارها وكان الجلوس فيه

من ضرورتها فيباح له ولان المنتظر للصلاة في الصلاة لقوله عليه السلام المنتظر للصلاة في الصلاة ما دام
ينتظرها وتعليم الفقه وقراءة القران عبادة كالذكر فيتناوله النص ولانه ان المسجد بني للصلاة
وغيرها من العبادة تبع بدليل ان المسجد اذا ضاق على المصلي كان له ان يزعج القاعد عن موضعه حتى يصلي فيه
وان كان القاعد مشتغلا بذكر الله تعالى او بقراءة القران او التدريس او معتكفا وليس لاحد ان يزعج المصلي
عن مكانه الذي سبق اليه لما انه بني لها واسمه يدل عليه لان المسجد اسم لموضع السجود وفي العادة ايضا
لا يعرف بناء المسجد الا للصلاة فاذا كان كذلك فلا بد من اظهار التفاوت بينهما فكان الكون فيه في حق
الصلاة مباحا مطلقا من غير تقييد بشرط السلامة وفي حق غيرها مقيد بشرط السلامة ليظهر التفاوت
بين الاصل وبين التبع ولا يبعد ان يكون الفعل قربة مقيدا بشرط السلامة الا ترى ان من وقف في الطريق
لاصلاح ذات البين قربة في نفسه ومع هذا يضمن اذا تلف به شيء ولا فرق فيه بين ان يكون الرجل
من اهل المسجد او من غيرهم في الصحيح وذكر صدر الاسلام ان الاظهر ما قالاه لان الجلوس من ضرورات
الصلاة فيكون ملحقا بها لان ما ثبت ضرورة لشيء يكون حكمه كحكمه وذكر شمس الائمة ان الصحيح من مذهب
ابي حنيفة الجالس لانتظار الصلاة لا يضمن وانما الخلاف في عمل لا يكون له اختصاص بالمسجد كقراءة
القران ودرس الفقه والحديث وذكر الفقيه ابو جعفر في كشف الغوامض سمعت ابا بكر يقول ان جلس
لقراءة القران او معتكفا لا يضمن بالاجماع وذكر فخر الاسلام والصدر الشهيد انه ان جلس للحديث
يضمن بالاجماع وذكر في الذخيرة انه اذا قعد فيه لحديث او نام او قام فيه لغير الصلاة او مر فيه مارا
ضمن عنده وقالا لا يضمن وان قعد للعبادة كانتظار الصلاة او الاعتكاف او قراءة القران او التدريس
او للذكر اختلف المتاخرون فيه على قوله فقال بعضهم يضمن واليه ذهب ابو بكر الرازي وقال بعضهم
لا يضمن واليه ذهب ابو عبد الله الجرجاني حكى ذلك كله في النهاية **فصل** في الحائط المائل
قال رحمه الله حائط مال الى طريق العامة ضمن دية ما تلف به من نفس او مال ان طالب بنقضه
مسلم او ذمي ولم ينقضه في مدة يقدر على نقضه وهذا استحسان والقياس ان لا يضمن وهو قول
الشافعي لانه لم يوجد منه صنع هو تعد لا مباشرة علة ولا مباشرة شرط او سبب لان البناء كان في ملكه
مستقيما والميلان وشغل الهواء ليس من فعله فلا يضمن كما اذا لم يشهد عليه ووجه الاستحسان
ما روي عن علي رضي الله عنه وعن شريح والنخعي والشعبي وغيرهم من ائمة التابعين ولان الحائط لما مال
فقد اشتغل هواء الطريق بملكه ورفعه في قدرته فاذا تقدم اليه وطولب بتفريغه لزمه ذلك
فاذا امتنع مع التمكن منه صار متعديا بمنزلة ما لو وقع ثوب انسان في حجره يصير متعديا بالامتناع
عن التسليم اذا طولب به حتى يضمن بهلاكه في يده بعده بخلاف ما قبل الاشهاد لانه بمنزلة هلاك
الثوب قبل الطلب ولانا لو لم نوجب عليه الضمان يمتنع عن التفريغ فينقطع المارة حذار الوقوع
عليهم فيتضررون بذلك ودفع الضرر العام واجب وله تعلق بالحائط لانه ملكه فتعين لدفع
وكم من ضرر خاص يجب تحمله لدفع الضرر العام كالرمي الى الكفار وان تترسوا بصبيان
[illegible] وقطع اليد المتآكلة ثم ما تلف به من النفوس تحمله العاقلة لانها تحمل تخفيفا عنه كي
لا يستأصل فهو احق بذلك لان جنايته دون الخطأ فيكون [illegible]
[illegible] العاقلة حتى يشهد الشهود على ثلاثة اشيا على التقدم اليه في النقض
[illegible] العلم وعلى ان الدار له لان اقراره لا يكون حجة على غيره والملك الثابت
بظاهر اليد لا يصلح حجة للاستحقاق وما تلف به من الاموال فضمانه عليه لان العاقلة لا تعقل
المال والشرط طلب النقض منه دون الاشهاد وانما ذكر الاشهاد ليتمكن من اثباته عند جحوده

او وجود عاقلته فكان من باب الاحتياط كالاشهاد على طلب الشفعة لا على سبيل الشرط لصحة الطلب
كعقد النكاح وتصح الطلب بكل لفظ يفهم منه طلب النقض مثل ان يقول ان حايطك هذا مخوف
او مايل فاهدمه فانه مايل صح الطلب وصار اشهادا اذا كان بحضرة الشهود وكذا لو قال اشهدوا
اني تقدمت الى هذا الرجل في هدم حايطه هذا صح ايضا ولو قال له ينبغي لك ان تهدمه فهذا ليس
بطلب ولا اشهاد بل هو مشورة ويشترط ان يكون التقدم الى من له ولاية التفريغ كالمالك والوصي
في ملك الصغير او الجد والعبد التاجر كان عليه دين او لا لان التالف به يكون في رقبته ان كان مالا
والنفس على عاقلة المولى والى الراهن في الدار المرهونة لانه القادر على الهدم والى المكاتب ثم ان تلف
حال بقاء الكتابة يجب عليه قيمته لتعذر الدفع وبعد عتقه يكون على عاقلة المولى وبعد العجز لا يجب
على احد لعدم قدرة المكاتب وعلم الاشهاد على المولى ولو تقدم الى من يسكنها باجارة او اعارة او الى
المرتهن او المستاجر او المودع لا يعتد به حتى لو سقط واتلف شيئا لا يضمن الساكن ولا المالك ويشترط
دوام تلك الولاية الى وقت السقوط حتى لو خرج عن ملكه بالبيع بعد الاشهاد برئ عن الضمان لعدم قدرته
على النقض ويشترط الضمان ان تمضي مدة يتمكن فيها من النقض بعد الاشهاد حتى اذا اشهد عليه فسقط
من ساعته قبل التمكن من نقضه لا يضمن ما تلف به لعدم قدرته على النقض ولا يصح الاشهاد قبل ان يهي
الحايط لانعدام التعدي ابتداء وانتهاء وتقبل فيه شهادة رجل وامراتين لانه شهادة على التقدم لا
على القتل وسوى في المختصر ان يكون الطالب مسلما او ذميا لان الناس كلهم شركاء في المرور فصح التقدم اليه
من اي من كان بعد ان كان بالغا عاقلا حرا او مكاتبا ذكرا كان او انثى لانه مطالبة حق فلا يختص باحد من الاهل
بخلاف العبيد والصبيان المحجورين عليهم لانهم ليسوا باهل لمطالبة حقهم فكذا بحق العامة الا اذا اذن
لهم المولى او الولي في الخصومة فتجاوز طلبهم واشهادهم لو تهدم لانهم التحقوا بالحر البالغ ثم بعد الاشهاد
تكون الخصومة عند ... نايبه كما في ساير الخصومات قال رحمه الله وان بناه مايلا ابتداء ضمن
ما تلف بسقوطه بلا طلب لانه تعدى بالبناء كاشراع الجناح ووضع الحجر وحفر البير في الطريق قال رحمه الله وان مال
الى دار رجل فالطلب الى ربها لان الحق له على الخصوص وان كان يسكنها غيره كان له ان يطالبه لان له
المطالبة بازالة ما شغل الدار فكذا بازالة ما شغل هواها قال رحمه الله فان اجله او ابراه صح بخلاف الطريق
اي ان اجله صاحب الدار او ابراه جاز تاجيله وابراؤه حتى لو سقط في الابراء او قبل مضي المدة في التاجيل
لا يضمن لان الحق له على ما ذكرنا بخلاف ما اذا مال الى الطريق العام فاجله القاضي او من اشهد عليه
او ابراه حيث لا يصح التاجيل والابراء لان الحق فيه لجماعة المسلمين وليس للقاضي ولا
لغيره ان يبطل حقهم وهو المراد بقوله بخلاف الطريق والساكن في الدار كالمالك فيه حتى يصح تاجيله
وابراؤه لما ذكرنا قال رحمه الله حايط بين خمسة اشهد على احدهم فسقط على رجل ضمن خمس الدية
دار بين ثلاثة حفر احدهم فيها بيرا او بنى فيها حايطا فعطب به ضمن ثلثي الدية وهذا عند ...
وقالا ضمن نصف الدية في الفصلين لان التلف بنصيب من اشهد عليه معتبر وبنصيب ...
عليه هدر وفي الحفر باعتبار ملكه غير متعد وباعتبار ملك شريكه متعد فكانا قسمين
فيتنصفين كما اذا جرح ... الرجل ونهشته حية وعقره الاسد ولابي حنيفة رحمه الله ان ...
واحدة ... والعمق المقدر لان اصل ذلك ليس بعلة وهو ...
علة على حدة فيجتمع العلل فاذا كان كذلك يضاف التلف الى العلة الواحدة ...
الملك بخلاف الجراحات لان كل جراحة علة مستقلة بنفسها ... على ما عرف
في موضعه الا ان التلف عند ... الجراحة يضاف الى الكل لعدم الاولوية فان قيل ...

او لا او امره والضمان في مال اليتيم هدايه

ان يهدم

ان يهدم شيئا من الحايط فكيف يصح التقدم اليه قلنا ان لم يتمكن من هدمه بنفسه يتمكن من اصلاحه
بطريقه وهو المرافعة الى الحكام وبه يحصل الغرض لان المقصود ازالة الضرر باي طريق كان
ولا يتعين بالهدم ولو وقع الحايط على الطريق بعد الاشهاد فعثر انسان بنقضه فمات ضمن لان
النقض ملكه فيكون التفريغ اليه والاشهاد على الحايط اشهاد على النقض لان المقصود ازالة الشغل
بخلاف ما اذا سقط الحايط على انسان ومات فعثر بالقتيل غيره فمات حيث لا يجب عليه ضمان الثاني
لان التفريغ عنه الى الاولياء لا اليه ولا يكون الاشهاد على الحايط اشهادا على القتيل بخلاف ما لو كان مكان
الحايط جناح والمسئلة بحالها حيث يضمن القتيل الثاني ايضا لان وضع الجناح جناية اذ الوضع فعله
فصار كانه القاه عليه بيده ولهذا لا يشترط الاشهاد عليه فيكون الثاني مضافا اليه كالاول
فيجب عليه تفريغ القتيل ايضا فاذا لم يفرغ صار جانيا وفي الحايط لم يوجد منه الفعل وانما جعل كالفاعل
بترك النقض استحسانا فيقتصر ذلك في حق القتيل الاول دون الثاني فلم يكن سقوط القتيل الاول في حق
الثاني بفعله فلا يجب عليه التفريغ عنه الا ترى انه لو باع الحايط او النقض برئ من الضمان ولو
كان بفعله لما برئ كما لو باع الجناح ولو عطب بجرة كانت على الحايط فسقطت بسقوطه وهي ملكه
ضمنه لان التفريغ اليه وان كانت ملك غيره لا يضمنه لان التفريغ الى مالكها ولو سقطت الجرة وحدها
لا يضمن ما عطب بسقوطها لانه وضعها في ملكه ذكره في النهاية وعزاه الى المبسوط والله اعلم

باب جناية البهيمة والجناية عليها

قال رحمه الله ضمن الراكب ما وطئت دابته بيد او رجل او راس
او كدمت او خبطت لا ما نفحت برجل او ذنب الا اذا اوقفها في الطريق والاصل ان المرور في طريق
المسلمين مباح بشرط السلامة لانه يتصرف في حقه من وجه وفي حق غيره من وجه لكونه مشتركا بين كل الناس
فقلنا بالاباحة مقيدا بالسلامة ليعتدل النظر من الجانبين فيما يمكن الاحتراز عنه لا فيما لا يمكن لان
تقييده بها مطلقا يؤدي الى المنع من التصرف وسد بابه وهو مفتوح ... الاحتراز عن الايطاء والكدم
والصدم والخبط ممكن لانه ليس من ضرورات السير فقيدناه ... السلامة عنه ولا يمكنه الاحتراز
عن النفحة بالرجل والذنب مع السير على الدابة ... او اوقفها في الطريق ضمن النفحة ايضا
لانه يمكنه الاحتراز عن الايقاف وان لم يمكنه عن النفحة فصار متعديا بالايقاف وشغل الطريق به
فيضمنه وهو المراد بقوله الا اذا اوقفها في الطريق ولو قيل ان الطريق يشبه ملكه من حيث ان المرور فيه
مباح له ويشبه ملك الغير من حيث انه ليس له ملك يطلق له التصرف فوفرنا حظ الشبهين فجعلناه
كملك الغير في حق ما يمكن التحرز عنه وكملكه في حق ما لا يمكن كيلا ينسد عليه الانتفاع وهذا الحكم
في الطريق وفي ملكه لا يضمن شيئا من ذلك الا الايطاء وهو راكبها لان الايطاء مباشرة لانه قتله بثقله
حتى يحرم الميراث ويجب عليه الكفارة به وغيره تسبيب وفيه يشترط التعدي فصار كحفر البير في ملكه
وفي المباشرة لا يشترط وان كان في ملك غيره فان كان باذن المالك فهو كما لو كان في ملكه وان كان بلا
... دخلت هي من غير ان يدخلها هو ولم يكن هو معها لا يضمن وان ادخلها هو ضمن الجميع سواء كان
... يكن لوجود التعدي بالادخال والملك المشترك كملكه فيما ذكرنا لان لكل واحد من الشركاء ...
فيه وباب المسجد كالطريق في الايقاف ولو جعل الامام موضعا ...
... احدث من الوقوف فيه وكذلك ايقاف الدواب في سوق الدواب لانه ماذون ...
... الفلاة وطريق مكة اذا وقف في غير المحجة لانه لا يضر بالناس فلا
يحتاج فيه الى الاذن اما المحجة فهي كالطريق قال رحمه الله وان اصابت بيدها او رجلها حصاة او نواة
او اثارت غبارا او حجرا صغيرا ففقا عينا لم يضمن ولو كبيرا ضمن لان التحرز عن اثارة الصغار ...

متعذر لان سير الدابة لا يخلو عنه وعن الكبار من الحجارة ممكن وانما يكون ذلك عادة من قلة هداية
الراكب فيضمن قال وان راثت او بالت في الطريق لم يضمن من عطب به وان اوقفها لذلك وان اوقفها
لغيره ضمن لان سير الدابة لا يخلو عن روث وبول فلا يمكنه التحرز عنه فلا يضمن ما تلف به فيما اذا
راثت او بالت وهي تسير وكذا اذا اوقفها لذلك لان من الدواب من لا يفعل ذلك الا واقفا وهو المراد
بقوله وان اوقفها لذلك وان اوقفها لغيره فبالت او راثت فعطب به انسان ضمن لانه متعد في الايقاف
اذ ليس هو من ضرورات السير وهو اكثر ضررا ايضا من السير لكونه ادوم فلا يلحق به وهو المراد بقوله
وان اوقفها لغيره ضمن قال وما ضمنه الراكب ضمنه السائق والقائد اي كل شيء يضمنه الراكب
يضمنانه لانهما مسببان كالراكب في غير الايطاء فيجب فيهما الضمان بالتعدي فيه كالراكب وقوله وما
ضمنه الراكب ضمنه السائق والقائد يطرد وينعكس في الصحيح وذكر القدوري ان السائق يضمن
النفحة بالرجل لانها بمرأى اعينه فيمكنه الاحتراز عنها مع السير وغايبة عن بصر الراكب والقائد فلا
يمكنهما الاحتراز عنها وعليه بعض مشايخ العراق وجه الاول وعليه اكثر المشايخ ان السائق ليس له
على رجلها شيء يمنعها به عن النفحة فلا يمكنه التحرز عنها بخلاف الكدم والصدم وقال الشافعي يضمنون
كلهم النفحة والحجة عليه ما ذكرنا وقوله عليه السلام الرجل جبار ومعناه النفحة بالرجل قال وعلى الراكب
الكفارة لا عليهما اي لا على السائق والقائد ومراده في الايطاء لان الراكب مباشر فيه لان التلف بثقله
وثقل الدابة تبع له فان سير الدابة مضاف اليه وهي آلة له وهما مسببان لانه لا يتصل منهما شيء بالمحل
وكذلك الراكب في غير الايطاء والكفارة حكم المباشرة لا حكم التسبيب وكذا يتعلق بالايطاء في حق الراكب حرمان الارث
والوصية دون السائق والقائد لانه يختص بالمباشرة ولو كان سائق وراكب قيل لا يضمن السائق ما وطئت
الدابة لان الراكب مباشر فيه لما ذكرنا والسائق مسبب والاضافة الى المباشر اولى وقيل الضمان عليهما لان كل
ذلك سبب الضمان الا ترى ان محمدا ذكر في الاصل ان الراكب اذا امر انسانا فنخس المامور الدابة فوطئت انسانا
كان الضمان عليهما فاشتركا في ذلك والناخس سائق والامر راكب فتبين بهذا انهما يشتركان والصحيح
الاول لما ذكرنا والجواب عما ذكر في الاصل على التحقيق انه لا يضمن مع المباشر اذا كان السبب شيئا لا يعمل بانفراده
في الاتلاف كما في الحفر مع الالقاء فان الحفر لا يعمل شيئا بدون الالقاء واما اذا كان السبب يعمل بانفراده فيشتركان
وهذا منه فان السوق متلف وان لم يكن على الدابة راكب بخلاف الحفر فانه ليس بمتلف بلا القاء وعند الالقاء
وجد التلف بهما او اضيف الى اخرهما كمسئلة القفة اذ كل واحد منهما لا يعمل بانفراده وفيما نحن فيه يعمل
فيشتركان قال ولو اصطدم فارسان او ماشيان فماتا ضمن عاقلة كل دية الاخر وقال زفر
والشافعي يجب على كل واحد منهما نصف دية الاخر روي ذلك عن علي رضي الله عنه ولان كل واحد منهما
مات بفعله وفعل صاحبه فيعتبر نصف ويهدر النصف كما اذا كان الاصطدام عمدا او جرح كل واحد منهما
نفسه وصاحبه او حفرا على قارعة الطريق بيرا فانهدم عليهما او وقعا فيه يجب على كل واحد منهما [illegible]
فكذا هذا ولنا ان موت كل واحد منهما يضاف الى فعل صاحبه لان فعله بنفسه مباح وهو [illegible] في
الطريق فلا معتبر في حق الضمان بالنسبة الى نفسه لانه مباح مطلقا في حق نفسه ولو اعتبر [illegible]
نصف الدية فيما اذا [illegible] في بير قارعة الطريق لانه لو لا مشيه وثقله في نفسه لما هوى في البير
وفعل صاحبه وان كان مباحا لكنه مقيد بشرط السلامة في حق غيره فيكون سببا [illegible]
به ويروى عن علي رضي الله عنه انه اوجب كل الدية على عاقلة كل واحد منهما [illegible]
فرجحنا بما ذكرنا او يحمل ما روي انه اوجب النصف على [illegible] تعمدا ذلك فانه في العمد يجب على عاقلة كل
واحد منهما نصف الدية على ما نبينه او يحمل ما روي عنه انه اوجب كل الدية على الخطاء توفيقا بينهما

من الدليل

وما استشهدا به من الاصطدام عمدا وجرح كل منهما نفسه وصاحبه او حفر البير في الطريق ففعل
كل واحد منهما محظور مطلقا فيعتبر في حق نفسه ايضا فيكون قاتلا لنفسه وهذا الحكم الذي ذكرناه
في العمد والخطاء في الحرين ولو كانا عبدين يهدر الدم فيهما لان الجناية تعلقت برقبته دفعا وفداء
وقد فاتت لا الى خلف من غير فعل يصير المولى به مختارا للفداء ولو كان احدهما حرا والاخر عبدا يجب
على عاقلة الحر قيمة العبد كلها في الخطاء ونصف قيمته في العمد ويأخذها ورثة الحر المقتول ويبطل حقهم
من الدية فيما زاد على القيمة او نصفها لان الواجب كان على رقبة العبد فيبطل بموته الا قدر ما اخلف
وهو القيمة او نصفها فيأخذها ورثة الحر المقتول ويبطل ما زاد عليه لعدم الخلف وهذا عند ابي حنيفة ومحمد
رحمهما الله لان قيمة العبد المقتول تجب على العاقلة على اصلهما لانه ضمان الادمي واذا تجاذب رجلان
حبلا فانقطع فسقطا وماتا ننظر فان وقعا على القفا لا يجب لهما دية لان كل واحد منهما مات بقوة
نفسه وان وقعا على الوجه وجب دية كل واحد منهما على عاقلة الاخر لان كل واحد منهما مات بقوة
صاحبه وان وقع احدهما على القفا والاخر على الوجه فالذي وقع على القفا لا دية له والذي وقع
على الوجه فديته على عاقلة الاخر وان قطع انسان الحبل بينهما فوقع كل منهما على القفا فماتا
فديتهما على عاقلة القاطع قال ولو ساق دابة فوقع السرج على رجل فقتله ضمن وكذا على هذا
ساير ادواته كاللجام ونحوه لانه متعد في هذا التسبب لان الوقوع بتقصير منه وهو ترك
الشد والاحكام في الشد فصار كانه القاه على الطريق بيده بخلاف الرداء لانه لا يقصد حفظه
عادة فلا يتقيد بشرط السلامة ولان اللباس يتبع اللابس وهو لو وقع في الطريق وعثر به انسان لا يلزمه
الضمان فكذا اذا عثر بلباسه قال وان قاد قطارا فوطئ بعير انسانا ضمن عاقلة القائد الدية
لان القائد عليه حفظ القطار كالسائق وقد امكنه التحرز عنه فصار متعديا بالتقصير فيه والتسبيب
بوصف التعدي سبب الضمان غير ان ضمان النفس على العاقلة وضمان المال عليه في ماله قال
وان كان معه سائق فعليهما اي اذا كان مع القائد سائق يجب على عاقلتهما الضمان لاستوائهما في التسبب
لان قائد الواحد قائد الكل وكذا سائقه لاتصال الازمة هذا اذا كان السائق في جانب من الابل
اما اذا توسطها واخذ بزمام واحد يضمن هو وحده ما عطب مما هو خلفه ويضمنان ما تلف مما هو
قدامه لان القائد لا يقود ما خلف السائق لانفصال الزمام والسائق يسوق ما هو قدامه ولو كان
رجل راكبا على بعير وسط القطار ولا يسوق منها شيئا لم يضمن ما اصابت الابل التي بين يديه لانه
ليس بسائق لها وكذا ما اصابت الابل التي خلفه لانه ليس بقائد لها الا اذا كان اخذ بزمام ما خلفه
اما البعير الذي هو راكبه فهو ضامن لما اصابه فيجب عليه وعلى القائد غير ما اصابه بالايطاء فان ذلك
ضمانه على الراكب وحده لانه جعل فيه مباشرا حتى جرى عليه احكام المباشر لما بينا قال وان
ربط رجل بعيرا على قطار رجع عاقلة القائد بدية ما تلف به على عاقلة الرابط اي اذا ربط رجل بعيرا
[illegible] القائد لذلك لا يعلم فوطئ البعير المربوط انسانا فقتله فعلى عاقلة القائد ديته لانه يمكنه ان
يحفظ من ربط غيره به فاذا ترك الصيانة صار متعديا بالتقصير وهو تسبب وفيه الدية على
العاقلة في الخطاء ثم يرجعون بها على عاقلة الرابط لانه هو الذي [illegible]
[illegible] كل واحد منهما مسبب لان القود بمنزلة المباشر [illegible]
[illegible] فيجب الضمان عليه وحده ثم يرجع به عليه قالوا هذا اذا ربط والقطار
يسير لان الرابط امر بالقود دلالة واذا لم يعلم لا يمكنه التحفظ عنه ولحقه بجهله لا ينفي وجوب الضمان عليه
لتحقق الاتلاف منه وانما ينفي الاثم فيكون قرار الضمان على الرابط واما اذا ربط والابل واقفة ضمنها عاقلة [illegible]

القايد ولا يرجعون به على عاقلة الرابط لانه قاد بعير غيره بغير اذنه لا صريحا ولا دلالة فلا يرجع
بما لحقه على احد غاية الامر ان يقال انه متعد بالربط والايقاف على الطريق لكن زال ذلك بالقود فصار
كما لو وضع حجرا وحوله غيره وكذا اذا علم القايد بالربط لا يرجعون على عاقلة الرابط بما لحقهم من الضمان
لان القايد رضي بذلك والتلف قد اتصل بفعله فلا يرجع به وهو القياس فيما اذا لم يعلم لان الجهل لا ينافي
التسبب ولا الضمان الا انا استحسنا في الرجوع لما ذكرنا قال رحمه الله ومن ارسل بهيمة وكان لها سايقا فاصابت
في فورها ضمن لانه الحامل لها فاضيف فعلها اليه كما يضاف فعل المكره الى المكره فيما يصلح آلة له والمراد بالسوق
ان يمشي خلفها معها وان لم يمش خلفها فما دامت في فورها فهو سايق لها في الحكم فيلحق بالسوق وان تراخى
انقطع السوق وذكر في النهاية ان المراد بالبهيمة الكلب قال رحمه الله وان ارسل طيرا او كلبا ولم يك سايقا له
او انفلتت دابة فاصابت مالا او ادميا نهارا او ليلا لا اي لا يضمن في هذه الصور كلها اما الطير فلانه
بدنه لا يحتمل السوق فصار وجود السوق وعدمه سواء فلا يضمن مطلقا بخلاف البهيمة فان بدنها يحتمل السوق
فيعتبر فيها السوق ومن ثم قالوا من ارسل بازيا في الحرم فقتل الصيد لا يضمن المرسل واما الكلب فلانه
وان كان يحتمل السوق لكنه لم يوجد منه السوق حقيقة بان يمشي خلفه ولا حكما بان يصيب على فور الارسال
والتعدي يكون بالسوق فلا يضمن وهذا لان الاصل ان الفعل الاختياري يضاف الى فاعله ولا يجوز اضافته
الى غيره الا انا تركنا ذلك في فعل البهيمة اذا وجد منه السوق فاضفناه اليه استحسانا صيانة للانفس
والاموال واذا لم يوجد منها السوق بقي على الاصل ولا يجوز اضافته اليه لعدم الفعل منه مباشرة وتسببا
بخلاف ما اذا ارسل الكلب الى صيد حيث يوكل ما اصابه وان لم يكن سايقا له حقيقة ولا حكما اذ الحاجة مست
الى الاصطياد به فاضيف الى المرسل ما دام الكلب في تلك الجهة ولم يفتر عنها اذ لا طريق للاصطياد سواه
وهذا لان الاصطياد به مشروع ولو شرط السوق لانسد بابه وهو مفتوح فاضيف اليه وان تغاب عن بصره
مع الصيد ولا حاجة اليه في ضمان العدوان فبقي على الاصل فكان مضافا الى الكلب لانه مختار في فعله ولا يصلح
نايبا عن المرسل فلا يضاف فعله الى غيره وذكر في المبسوط اذا ارسل دابة في طريق المسلمين فما اصابت في فورها
فالمرسل ضامن لان سيرها مضاف اليه ما دامت تسير على سننها ولو انعطفت يمنة او يسرة انقطع حكم الارسال
الا اذا لم يكن له طريق اخر سواه وكذا اذا وقفت ثم سارت اي ينقطع حكم الارسال بالوقفة ايضا كما ينقطع
بالعطفة بخلاف ما اذا وقف الكلب بعد الارسال في الاصطياد ثم سار فاخذ الصيد لان تلك الوقفة
تحقق مقصود المرسل لانه يمكنه من الصيد وهذه تنافي مقصود المرسل لان مقصوده السير فينقطع
حكم الارسال وبخلاف ما اذا ارسله الى صيد فاصاب نفسا او مالا في فوره حيث لا يضمن من ارسله وفي
ارسال البهيمة في الطريق يضمن لان شغل الطريق تعد فيضمن ما تولد منه واما الارسال للاصطياد
فمباح ولا التسبيب بوصف التعدي كذا ذكر في الهداية وذكر قاضي خان لو ان رجلا ارسل بهيمة وكان
سايقا لها ضمن ما اصابت في فورها وكذا لو ارسل كلبه وكان سايقا له يضمن ما اتلف ولو لم يكن سايقا
لا يضمن وكذا لو اشلى كلبه على رجل فعقره او مزق ثيابه لا يضمن الا ان يسوقه وقيل اذا …
يمشي خلفه فعقر انسانا او اتلف غيره ان لم يكن معلما لا يضمن لان غير المعلم يذهب بطبعه
… لا يضمن … الذي ارسله لانه ذهب بارسال صاحبه اما اذا اخذ …
… انقطع حكم الارسال ولكن المشايخ قالوا هذا في …
فلا يضمن وان ذهب عن سنن الارسال الا اذا كان خلفه لانه يتمكن من … دون الكلب
عادة ولو كان لرجل كلب عقور يؤذي من مر به فلاهل البلد ان يقتلوه وان اتلف شيئا يجب على صاحبه
الضمان ان كان تقدم اليه قبل الاتلاف والا فلا شيء عليه كالحائط المائل ولو ان رجلا طرح رجلا

قوله عليه السلام العجماء جبار المراد به المنفلتة

قدام سبع فقتله السبع فليس على الطارح شيء … والحبس حتى يتوب … الانفلات فلقوله
عليه السلام العجماء جبار اي فعل العجماء هدر وقال محمد رحمه الله هي المنفلتة وهذا صحيح ظاهر لان الراكبة
والمسوقة والمقودة في الطريق او في ملك الغير او المرسلة في الطريق فعلها معتبر على ما بينا ولان
الفعل مقتصر عليها غير مضاف الى صاحبها لعدم ما يوجب النسبة اليه من الركوب واخواته قال رحمه الله
وفي فقء عين شاة القصاب نقصان لان المقصود من الشاة اللحم فلا يعتبر فيها الا النقصان قال رحمه الله
وعين بدنة الجزار والحمار والفرس ربع القيمة وقال الشافعي رحمه الله فيه النقصان ايضا اعتبارا بالشاة
ولنا ما روي انه عليه السلام قضى في عين الدابة بربع القيمة وقضى عمر رضي الله عنه ولان فيها مقاصد سوى
اللحم كالركوب والزينة والحمل فمن هذا الوجه تشبه الادمي وقد تمسك لغيره كالاكل ومن هذا الوجه
تشبه المأكولات فعملنا بالشبهين بشبه الادمي في ايجاب الربع وبالشبه الاخر في نفي النصف ولانه انما
يمكن اقامة العمل بها باربع اعين عيناها وعينا المستعمل لها فصارت كانها ذات اعين اربع فيجب الربع
بفوات احدها ولو فقأ عينيها فصاحبها بالخيار ان شاء تركها على الفاقئ وضمنه القيمة كاملة وان شاء امسكها
وضمنه النقصان لان المعمول به النص وهو ورد في عين واحدة فيقتصر عليه **باب جناية المملوك
والجناية عليه** اختلفوا في موجب جناية العبد قيل موجبها الارش لان النصوص مطلقة من غير فصل
الا ان للمولى ان يتخلص بالدفع تخفيفا عليه وقيل الدفع وللمولى ان يتخلص بالفداء ولهذا يبرأ المولى بهلاكه
ولو كان الواجب الاصل غيره لما برئ بهلاكه قبل الاختيار لانه يفوت به الدفع لا الفداء قال رحمه الله
جنايات المملوك لا توجب الا دفعا واحدا لو محلا له والا فقيمة واحدة اي جناية العبد لا توجب الا
دفع رقبته اذا كان محلا للدفع بان كان قنا وهو الذي لم ينعقد له شيء من اسباب الحرية كالتدبير وامومية
الولد والكتابة سواء كانت الجناية واحدة او اكثر لا توجب الا دفع رقبته اذا كانت الجناية في النفس
موجبة للمال والا فقيمة واحدة اي ان لم يكن محلا للدفع بان انعقد له شيء مما ذكرنا توجب جنايته قيمة
واحدة ولا تزيد عليها وان تكررت الجناية فهم في القن اذا جنى بعد الفداء يخير المولى بين الدفع والفداء كالجناية
الاولى وكذا كلما جنى بعد الفداء يؤمر بالدفع او الفداء بخلاف المدبر واخيه فانه لا توجب الا قيمة واحدة
على ما نبينه في اثناء المسائل قال رحمه الله جنى عبده خطأ دفعه بالجناية فيملكه او فداه بارشها اي اذا جنى
العبد خطأ فمولاه بالخيار ان شاء دفعه الى ولي الجناية فاذا دفعه ملكه ولي الجناية وان شاء فداه بارشها
وقوله خطأ يحترز به من العمد وهذا انما يفيد اذا كانت الجناية على النفس لانها ان كانت عمدا توجب القصاص
واما اذا كانت على الاطراف لا يفيد التقييد به اذ لا يجري القصاص فيها بين العبد ولا بين الاحرار والعبيد
وقال الشافعي رحمه الله جناية العبد متعلق برقبته يباع فيها الا ان يقضي المولى الارش وثمرة الخلاف تظهر
في اتباع الجاني عنده وعندنا لا يتبع لا في حالة الرق ولا بعد الحرية والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم
عن ابن عباس مثل مذهبنا وعن عمر وعلي مثل مذهبه له ان الاصل في موجب الجناية ان يجب على الجاني لانه
الذي … قال تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم الا ان العاقلة تتحمل عنه ولا عاقلة للعبد فيجب في ذمته
ويتعلق برقبته ويباع فيه كما في الجناية على المال ولنا ان المستحق بالجناية على النفوس نفس
… الا ان استحقاق النفس قد يكون بطريق الاتلاف عقوبة وقد يكون بطريق التملك جبرا
… نفسه عقوبة لا بطريق التملك والعبد من اهل ان يستحق نفسه بالطريقين …
صيانة عن الهدر الا ان يختار المولى الفداء فيكون له ذلك لانه ليس فيه ابطال حق
المجني عليه … مقصود … يحصل بذلك بخلاف اتلاف المال فانه لا يستحق به نفس الجاني ابدا
ولان الاصل في موجب الجناية خطأ ان يتباعد الجاني لكونه معذورا ولكون الخطأ مرفوعا … يتعلق

باقرب الناس اليه تخفيفا عن المخطي وتوقيا عن الاجحاف به الا ان عاقلة العبد مولاه لان العبد يستنصر
به وباعتبار النصرة يتحمل العاقلة حتى تجب الدية على اهل الديوان فيجب ضمان جنايته على المولى
بخلاف الذمي لانهم لا يتناصرون فيما بينهم فلا عاقلة لهم فتجب في ذمته صيانة للدم عن الهدر
وبخلاف الجناية على المال لان العاقلة لا تعقل المال الا ان المولى يخير بين الدفع والفداء لانه واحد
وفي اثبات الخيرة نوع تخفيف في حقه كيلا يستاصل فيخير لان التخيير مفيد والواجب الاصلي هو
الدفع في الصحيح ولهذا يسقط الواجب بموت العبد الجاني قبل الاختيار لفوات محل الواجب وان كان
له حق النقل الى الفداء كما في مال الزكاة عند ابي يوسف ومحمد فان الواجب جزء من النصاب وله حق النقل
الى القيمة فكذا هذا بخلاف الجاني الحر حيث لا يبطل الموجب بموته لانه لا يتعلق به الواجب استيفاء
فصار كالعبد في صدقة الفطر واذا اختار الدفع يلزمه حالا لانه عين فلا يجوز التاجيل في الاعيان وكذا
اذا اختار الفداء يجب عليه حالا لانه بدل العين وهو العبد وان كان مقدرا بغيره وهو المتلف ولهذا سمي
فداء وايهما اختاره المولى او فعله فلا شيء لولي الجناية غيره اما الدفع فلان حقه متعلق به فاذا خلى
بينه وبين الرقبة سقط حق المطالبة عنه واما الفداء فلانه لا حق له الا الارش فاذا اوفاه حقه سلم العبد له
وكذا اذا اختار احدهما ولم يفعل او فعل ولم يختره قولا سقط حق الولي في الاخر لان المقصود تعيين المحل حتى
يتمكن من الاستيفاء والتعيين يحصل بالقول كما يحصل بالفعل بخلاف كفارة اليمين حيث لا تتعين الا بالفعل
لان المقصود في حقوق الله تعالى الفعل والمحل تابع ضرورة وجوده ولا فرق بين ان يكون المولى قادرا على الارش
او لم يكن قادرا عند ابي حنيفة رحمه الله لانه اختار اصل حقهم فبطل حقهم في العبد لان ولاية التعيين للمولى لا
للاولياء وقالا لا يصح اختياره الفداء اذا كان مفلسا الا برضى الاولياء لان العبد صار حقا للاولياء حتى يضمنه
المولى بالاتلاف فلا يملك ابطال حقهم الا برضاهم او بوصول البدل اليهم وهو الدية وان لم يختر شيئا حتى مات
العبد بطل حق المجني عليه لفوات محل حقه بخلاف ما اذا مات بعد اختياره الفداء حيث لم يبرأ المولى
لتحول الحق من رقبة العبد الى ذمته ولو فداه المولى ثم عاد فجنى كان حكم الجناية الثانية كحكم الاولى لانه
لما طهر عن الجناية الاولى بالفداء جعل كانه لم يجن من قبل وهذه ابتداء جناية ولو جنى قبل ان يختار في
الاولى شيئا او جنى جنايتين دفعة واحدة او جنايات قيل لمولاه اما ان تدفعه بالكل او تفديه بارش
كل واحدة من الجنايات لان تعلق الاولى برقبته لا يمنع تعلق الثانية بها كالديون المتلاحقة الا ترى ان ملك
المولى لا يمنع تعلق الجناية بحق المجني عليه اولى ان لا يمنع بخلاف الرهن حيث لا يتعلق به حق غيره من الغرماء
والفرق ان الرهن ايفاء واستيفاء حكما فصار كالاستيفاء حقيقة واما الجناية فليس فيها الا تعلق الحق ولا
الاولى وذلك لا يمنع تعلق حق اخر به ثم اذا دفعه اليهم اقتسموه على قدر حقوقهم وحق كل واحد منهم
ارش جنايته وللمولى ان يفدي من بعضهم وياخذ نصيبه من العبد ويدفع الباقي الى غيره لان الحقوق
صارت مختلفة باختلاف اسبابها وهي الجنايات المختلفة بخلاف ما اذا كان المقتول واحدا وله وليان
حيث لم يكن له ان يفدي من البعض ويدفع الباقي الى البعض لان الحق فيه متحد لاتحاد سببه وهي الجناية و
المستحق واحد لان الحق يجب للمقتول ثم للوارث خلافة فلا يملك التفريق في موجبها قال
غير عالم بالجناية ضمن الاقل من قيمته ومن الارش ولو عالما بها لزمه الارش كبيعه وتعليقه [illegible]
فلان [illegible]
معناه اذا جنى عبد فاعتقه مولاه قبل العلم بالجناية [illegible]
قيمة العبد ومن ارش الجناية والاصل فيها انه متى احدث فيه تصرفا يعجزه [illegible]
مختارا للفداء والا فلا واذا علم ذلك جئنا الى ما ذكر في الكتاب فقوله [illegible]
وانما كان كذلك لانه في الاول فوت حقه فاقلهما فيضمنه وفي الثاني يصير مختارا للفداء وبهذا العتق لان الاختيار [illegible]

أي بذهبه

التمده

بدون العلم لا يتحقق وفي الثانية صار مختارا للفداء لان الاعتاق يمنعه من الدفع والاقدام عليه اختيار منه
للفداء وعلى هذا اذا باعه وهو لا يعلم بالجناية يلزمه الاقل منهما وان باعه وهو يعلم بالجناية صار مختارا
للفداء لما قلنا وهو المراد بقوله كبيعه يعني كما لو باعه عالما بالجناية وعلى هذين الوجهين الهبة والاستيلاد
لان كل واحد منها يمنع من الدفع لزوال الملك او التمليك به بخلاف الاقرار لغيره بالعبد الجاني على رواية
الاصل لانه لا يسقط به حق ولي الجناية فان المقر له مخاطب بالدفع اليه وليس فيه نقل الملك لان الاقرار
ليس بتمليك وانما هو اظهار الحق فيحتمل ان يكون صادقا فاذا لم يصر مختارا لا يلزمه الفداء وتندفع
الخصومة عنه ان اقام بينة انه للمقر له وان لم يقم لم تندفع فيقال له اما ان تفديه او تدفعه فان
فداه صار متطوعا بالفداء حتى لا يرجع به على المقر له اذا حضر وصدقه انه له وان دفعه كان المقر له بالخيار
اذا حضر ان شاء اجاز دفعه وان شاء فداه والحقه الكرخي بالتمليك بالبيع والهبة لانه ملك المقر ظاهرا
فيستحقه المقر له بالاقرار فاشبه البيع ولا فرق في هذا المعنى بين ان يكون باتا وبين ان يكون فيه خيار المشتري
لان الكل يزيل الملك بخلاف ما اذا كان الخيار للبايع ثم نقضه او العرض على البيع فان الملك لم يزل به
ولا يقال المشتري بالخيار اذا باع بشرط الخيار له يصير مختارا للاجازة فوجب هنا ان يكون مختارا للفداء
لانا نقول لو لم يكن المشتري مختارا للاجازة للزم منه بيع ملك غيره وهنا لا يلزم ولانه يلزم في البيع
الغرور وهنا لا يلزم ولو باعه بيعا فاسدا لم يصر مختارا للفداء حتى يسلمه لان الملك لا يزول الا به
بخلاف الكتابة الفاسدة حيث يكون مختارا للفداء وبها لان حكم الكتابة تعليق العتق باداء المال وفك الحجر
عن العبد في الحال وهو ثابت بنفس الكتابة ولا كذلك البيع الفاسد لان حكمه وهو الملك لا يثبت الا بالقبض
ولو كانت الكتابة صحيحة ثم عجز كان له ان يدفعه بالجناية ان كان ذلك قبل ان يقضى عليه بالقيمة وبعدها
لا يدفعه لتقرر القيمة بالقضاء ولو باعه من المجني عليه كان مختارا للفداء بخلاف ما اذا وهبه منه لان
المستحق له اخذه بغير عوض وهو متحقق في الهبة دون البيع واعتاق المجني عليه بامر المولى بمنزلة اعتاق المولى
فيما ذكرناه لان فعل المامور ينتقل الى الامر ولو ضربه فنقصه كان مختارا بعد العلم لانه حبس جزءا منه
الا اذا زال النقصان قبل القضاء بالقيمة فكان له ان يدفعه بها لزوال المانع من الدفع قبل تقرر القيمة ووطء
البكر يكون مختارا بخلاف وطء الثيب من غير اعلاق والتزويج والاستخدام لان التزويج تعييب حكما اذ لا يعجزه
عن التسليم اليه وليس فيه امساك شيء والاستخدام لا يختص بالملك ولهذا لا يسقط به خيار الشرط وطعن
عيسى في التزويج فقال انه تعييب فوجب ان يكون مختارا به وجوابه ما ذكرنا وفي الوطء خلاف زفر
وهو رواية عن ابي يوسف ووجهه انه دليل الامساك فصار كوطء من له الخيار قلنا لو لم يكن دليل الامساك
في حق من له الخيار لكان وطء ملك غيره ولا كذلك في الجناية لان له ان يطاها ثم يدفعها بالجناية
اذ لا يتبين بالدفع ان الوطء وقع في ملك الغير الا ترى انه لا يستحقه بزوائده ومن له الخيار يستحقه بزوائده
ولا يصير مختارا بالاجارة والرهن في رواية كتاب العتاق لانهما لا يزيلان الملك فيكون بحدثا بينهما ما يعجزه عن الدفع
[illegible] انه لا يصير مختارا بهما الفداء لانه لم يعجزه عن الدفع لان له ان يفسخ الاجارة والرهن لحق المجني
[illegible] يعين العبد سابقا على حقهما فيفسخان صونا للحق عن البطلان بخلاف البيع لان حق المجني عليه
[illegible] بجهة الملك فيثبت المشتري ملك صحيح والملك اقوى من الحق فلا يجوز ابطاله به
[illegible] لانهما حقان تعلقا بالعين فيرجح حق المجني عليه بالسبق [illegible] لا يصير مختارا
[illegible] دين لان الاذن لا يفوت الدفع ولا ينقص الرقبة الا ان لولي الجناية ان يمتنع
من [illegible] لان [illegible] المولى بعد ما تعلق به حقه فيلزم المولى فيقتله ولو جنى جنايتين فعلم
احدهما دون الاخرى وتصرف فيه تصرفا يصير به مختارا للفداء صار فيما علم وفيما لم يعلم يلزمه حصته

من جهة المقر

والتدبير

غير صحيح

مختار الخ

من قيمة العبد ولو قال لعبده ان قتلت فلانا او رميته او شججته فانت حر كان مختارا للفدا ان فعل العبد ذلك
وهو المراد بقوله كبيعه وتعليق عتقه بقتل فلان ورميه وشجه ان فعل ذلك اى كما يصير مختارا ببيعه
بعد العلم بها وبتعليق عتقه بما ذكر من القتل والرمي والشج يصير مختارا بالاعتاق بعد العلم بها وانما يصير
مختارا بالتعليق عند علمائنا الثلاثة وقال زفر لا يصير مختارا بتعليق العتق بما ذكرنا لان اوان تكلمه به
لا جناية من العبد ولا علم للمولى بما سيوجد بعد وبعد الجناية لم يوجد منه فعل يصير به مختارا
الا ترى انه لو علق الطلاق او العتاق بالشرط ثم حلف ان لا يطلق ولا يعتق ثم وجد الشرط وثبت العتق
والطلاق لا يحنث في يمينه بذلك فكذا هذا ولنا انه علق الاعتاق بالجناية والمعلق بالشرط ينزل عند
وجود الشرط كالمنجز عنده فصار كما اذا اعتقه بعد الجناية الا ترى ان من قال لامراته ان دخلت الدار
فو الله لا اقربك يصير ابتداء ايلاء من وقت الدخول وكذا اذا قال لها اذا مرضت فانت طالق ثلثا فمرض
حتى طلقت ومات من ذلك يصير فارا لانه يصير مطلقا بعد وجود المرض بخلاف ما اورده لان غرضه طلاق
او عتاق يمكنه الامتناع عنه اذ اليمين للمنع فلا يدخل تحته ما لا يمكنه الامتناع عنه ولانه حرضه على
مباشرة الشرط بتعليق اقوى الدواعي الى القتل والظاهر انه يفعله وهذا دلالة الاختيار هذا اذا علقه
بجناية توجب المال كالخطاء وشبه العمد وان علقه بجناية توجب القصاص بان قال له ان ضربته
بالسيف فانت حر فلا يجب على المولى شيء بالاتفاق لانه لا فرق بين العبد والحر في القصاص فلم يكن المولى مفوتا
حق ولي الجناية بالعتق قال رحمه الله عبد قطع يد حر عمدا ودفع اليه فحرره فمات من اليد فالعبد صلح بالجناية
فان لم يحرره رد على سيده ويقاد لانه اذا لم يعتقه حتى سرى ظهر ان الصلح كان باطلا لان الصلح وقع على المال
وهو العبد عن دية اليد اذ القصاص لا يجري بين الحر والعبد في الاطراف وبالسراية ظهر ان دية اليد
غير واجبة وان الواجب هو القود فصار الصلح باطلا لان الصلح لا بد له من مصالح عنه والمصالح عنه المال
ولم يوجد فيبطل الصلح والباطل لا يورث شبهة كما لو وطئ مطلقته ثلثا في عدتها مع العلم بحرمتها عليه
فانه لا يصير شبهة في درء الحد فلذا اوجب القصاص واما اذا اعتقه فقد قصد صحة الاعتاق ضرورة
لان العاقل يقصد تصحيح تصرفه ولا صحة له الا بالصلح عن الجناية وما يحدث منها ابتداء ولهذا لو نص
عليه ورضي به جاز فكان مصالحا عن الجناية وما يحدث منها ابتداء على العبد مقتضى الاقدام على الاعتاق
والمولى ايضا مصالح معه على هذا الوجه راض به لانه لما رضي بكون العبد عوضا عن القليل كان ارضى بكونه
عوضا عن الكثير فاذا اعتقه صح الصلح في ضمن الاعتاق ابتداء واذا لم يعتقه لم يوجد الصلح ابتداء والصلح
الاول وقع باطلا فيعود العبد الى المولى والاولياء بالخيار ان شاؤوا عفوا عنه وان شاؤوا قتلوه وذكر
في بعض نسخ الجامع الصغير رجل قطع يد رجل عمدا فصالح المقطوع يده على عبد ودفعه اليه فاعتقه
المقطوع يده ثم مات من ذلك فالعبد صلح بالجناية وان لم يعتقه رد على مولاه وقيل للاولياء اما ان تقتلوه
او تعفوا عنه والوجه ما بيناه فاتحد الحكم والعلة واختلفا صورة ثم هذه المسئلة وهي مسئلة الصلح
ترد اشكالا على قول ابي حنيفة رحمه الله فيما اذا عفى عن اليد ثم سرى الى النفس ومات حيث يبطل العفو ولا [illegible]
القصاص هنالك وفي هذه المسئلة يبطل الصلح ويجب القصاص فيما اذا لم يعتق العبد وان [illegible]
باق على حاله فالجواب اما اذا لم يعتقه فقد قيل ما ذكر في مسئلة الصلح جواب القياس و[illegible]
العفو جواب الاستحسان فيكونان على القياس والاستحسان وقيل بالفرق بينهما [illegible]
الجناية على مال [illegible] الجناية ولا يبطلها لان الصلح عن الجناية استيفاء للجناية [illegible] الاستيفاء [illegible]
واذا بقيت الجناية يتوهم عليه عفو بها وهو القصاص واما العفو فهو معدم الجناية والعفو عن القطع
وان بطل بالسراية الى النفس لكن بقيت شبهة لوجود صورة العفو وهي كافية لدرء الحد واما اذا اعتقه

فجوابه هو الفرق الذي ذكرناه ان العتق يجعل صلحا ابتداء بخلاف العفو وعلى قولهما ايضا يرد في الصورتين
لانهما كانا يجعلان العفو عن القطع عفوا عما يحدث منه وفي الصلح لم يجعلا كذلك بل اوجبا القصاص عليه
اذا لم يعتقه وجعلاه صلحا ابتداء اذا اعتقه قال رحمه الله جنى ماذون له مديون خطاء فحرره سيده بلا علم
عليه قيمته لرب الدين وقيمة لولي الجناية لانه اتلف حقين كل واحد منهما مضمون بكل القيمة على الانفراد
الدفع الى الاولياء والبيع على الغرماء فكذا عند الاجتماع ويمكن الجمع بين الحقين ايفاء من الرقبة الواحدة بان
يدفع الى ولي الجناية ثم يباع للغرماء فيضمنهما بالتفويت بخلاف ما اذا اتلفه اجنبي والمسئلة بحالها
حيث يجب عليه قيمة واحدة للمولى بحكم الملك في رقبته فلا يظهر حق الفريقين بالنسبة الى ملك المالك لانه
دون الملك فصار كان ليس فيه حق ثم الغريم احق بتلك القيمة لانها مالية العبد والغريم مقدم في المالية
على ولي الجناية لان الواجب ان يدفع اليه ثم يباع للغريم فكان مقدما معنى والقيمة هي المعنى فيسلم اليه
وفي الفصل الاول كان التعارض بين الحقين وهما مستويان فيظهران فيضمنهما والاصل ان العبد اذا
جنى وعليه دين خير المولى بين الدفع الى ولي الجناية والفداء فان اختار الدفع دفع الى ولي الجناية
ثم بيع في الدين فان فضل شيء فهو لولي الجناية لانه بدل ملكه والا فلا شيء له وانما يبدا بالدفع جمعا
بين الحقين لانه امكن بيعه بعد الدفع ولو بدئ ببيعه في الدين لا يمكن دفعه بالجناية لانه لم
يوجد في يد المشتري جناية ولا يقال لا فائدة في الدفع اذا كان يباع عليه لانا نقول فائدته ثبوت الاستخلاص
العبد لان ولي الجناية يثبت له حق الاستخلاص والانسان اغراض في العين فاذا كان الواجب هو الدفع
فلو ان المولى دفعه الى ولي الجناية بغير قضاء لا يضمن استحسانا لانه فعل عين ما يفعله القاضي وفي
القياس يضمن قيمته لوجود التمليك كما لو باعه او وهبه لانه ليس بواجب عليه لان الواجب عليه الدفع
الا ترى انه لو ان القاضي باعه في الدين ببينة قامت عليه ثم حضر ولي الجناية ولم يفضل من الثمن شيء سقط
حقه لان القاضي لا يلزمه العهدة فيما فعل ولو فسخ البيع ودفع الى ولي الجناية لاحتيج الى بيعه ثانيا لما ذكرنا
فلا فائدة في الفسخ قال رحمه الله ماذونة مديونة ولدت بيعت معها ولدها في الدين وان جنت فولدت لم
يدفع الولد معها والفرق ان الدين متعلق برقبتها لان الدين عليها وهو وصف لها حكمي فيسري الى الولد
لان الصفات الشرعية الثابتة في الاصل تسري الى الفرع كالملك والرق والحرية واما الدفع بالجناية
فواجب في ذمة المولى لا في ذمتها وانما يلاقيها اثر الفعل الحقيقي وهو الدفع فقبل الدفع كانت رقبتها خالية
عن حق ولي الجناية وكذلك لا يجري القصاص على الاولاد ولا الحد لانهما فعلان محسوسان كالدفع ولا تبعية فيه
فان قيل اذا كان الدين عليها فلماذا يضمن المولى اذا اعتقها والانسان اذا اتلف المديون لا يضمن شيئا
قلنا وجوب الضمان باعتبار تفويت ما تعلق به حقهم استيفاء لا باعتبار وجوب الدين على المولى الا ترى
انه يضمن القيمة لا غير ولو كان باعتبار الوجوب عليه لضمن كل الدين كالعبد الجاني اذا اعتقه المولى بعد
العلم بالجناية ولهذا يتبع الغريم بالفاضل العبد المديون بعد العتق ولو كان على المولى لما اتبع كالعبد الجاني
[illegible] وعلينا وجوب دفع الارش معها اذا جنى عليها قبل الدفع واخذ المولى الارش لان الارش بدل جزئها
[illegible] يتعلق بجميع اجزائها فاذا فات جزء منها واخلف بدلا تعلق به حقه كما اذا قتلت
[illegible] باعتبار الجزء بالكل بخلاف الولد وقوله ماذونة مديونة ولدت بشرط السراية الى الولد
[illegible] لحوق الدين لانها اذا ولدت ثم لحقها الدين لا يتعلق حق الغرماء بالولد بخلاف
[illegible] الغرماء بما اكتسبت قبل الدين وبعده لان لها يدا معتبرة في الكسب حتى [illegible]
مديونة كانت هي الخصم فيه فباعتبار الخصومة كانت هي احق به من سيدها اقتضاء دينها بخلاف الولد فانه
انما يستحق بالسراية وذلك قبل الانفصال لا بعده كولد المكاتبة وام الولد والمدبرة وكولد الاضحية

لا بها حقوق مستقرة فى الرقبة حتى صار صاحبها ممنوعا عن التصرف قال رحمه الله عبد زعم رجل ان سيده حرره
فقتل وليه خطاء لا شيء له معناه اذا كان العبد لرجل فزعم رجل ان مولاه اعتقه فقتل العبد خطأ ولى ذلك
الرجل الذى زعم ان مولاه اعتقه فلا شيء له لانه لما زعم ان مولاه اعتقه فقد اقر انه لا يستحق على المولى
دفع العبد ولا الفداء بالارش وانما يستحق الدية عليهما وعلى العاقلة لانه حر فيصدق فى حق نفسه
فيسقط الدفع والفداء عن المولى ولا يصدق فى دعواه الدية عليهم الا بحجة وقال فى النهاية وضع
المسئلة فى المبسوط فيما اذا جنى العبد جناية ثم اقر المجنى عليه انه حرره قبل الدفع اليه وجعل فى
الكتاب الاقرار بالحرية قبل الجناية وهما لا يتفاوتان ولما اذا اقر المجنى عليه بعد الدفع اليه فهو حر لانه ملكه
بالدفع وقد اقر له بحريته فيعتق عليه باقراره وصار نظير من اشترى عبدا ثم اقر بتحرير مولاه قبل البيع
قال رحمه الله قال معتق لرجل قتلت اخاك خطاء وانا عبد وقال بعد العتق فالقول للعبد معناه اذا اعتق العبد
ثم قال لرجل بعد العتق قتلت اخاك خطاء وانا عبد وقال الرجل بل قتلته وانت حر فالقول قول العبد لانه
منكر للضمان لما انه اسنده الى حالة معهودة منافية للضمان اذ الكلام فيما اذا كان رقه معروفا والوجوب
فى جناية العبد على المولى دفعا او فداء فصار كما اذا قال البالغ العاقل طلقت امراتى وانا صبى او بعت
دارى وانا صبى او قال طلقت امراتى وانا مجنون وقد كان جنونه معروفا كان القول قوله لما ذكرنا
قال رحمه الله وان قال لها قطعت يدك وانت امتى وقالت بعد العتق فالقول لها وكذا كلما اخذه منها الا
الجماع والغلة معناه اذا اعتق رجل جارية ثم قال لها قطعت يدك وانت امتى فقالت هى بل قطعتها
وانا حرة فالقول قولها وكذا القول قولها فى كل ما اخذه منها الا الجماع والغلة استحسانا وهذا عندهما
وقال محمد لا يضمن الا شيئا قائما بعينه يومر برده عليها لانه منكر وجوب الضمان لاسناد الفعل الى حالة
معهودة منافية له كما فى المسئلة الاولى وكما فى الوطى والغلة وفى القائم اقر بيدها حيث اعترف بالاخذ منها
ثم ادعى التمليك عليها وهى تنكر والقول قول المنكر ولهذا يومر بالرد اليها ولهما انه اقر بسبب الضمان
ثم ادعى ما يبريه فلا يكون القول قوله كما اذا قال لغيره اذهبت ضوء عينك اليمنى وعينى اليمنى صحيحة
ثم فقئت وقال المقر له لا بل اذهبتها وعينك اليمنى مفقوءة فالقول قول المقر له وهذا لانه لم يسنده
الى حالة منافية للضمان لانه يضمن يدها اذا قطعها وهى مديونة بخلاف الوطى والغلة لان وطى المولى
امته المديونة لا يوجب العقر وكذا اخذه من غلتها وان كانت مديونة لا يوجب الضمان عليه فحصل
الاسناد الى حالة معهودة منافية للضمان فى حقهما وعلى هذا الخلاف لو قال لرجل حربى اسلم اخذت
مالك وانت حربى فقال بل اخذته بعد ما اسلمت قال رحمه الله عبد محجور امر صبيا حرا بقتل رجل فقتله فديته
على عاقلة الصبى لان الصبى هو المباشر للقتل وعمده وخطاؤه سواء فتجب على عاقلته ولا شيء على العبد
الامر وكذا الحكم اذا كان الامر الصبى صبيا لانهما لا يواخذان باقوالهما لان المواخذة فيها باعتبار الشرع
ولم يعتبر قولهما ولا رجوع لعاقلة الصبى على الصبى الامر ابدا ويرجعون على العبد الامر بعد العتق
لان عدم الاعتبار كان لحق المولى لا لنقصان اهلية العبد وقد زال حق المولى بالاعتاق بخلاف الصبى
لانه قاصر الاهلية وفى شرح الزيادات للعتابى لا ترجع العاقلة على العبد ايضا ابدا لان هذا ضمان
جناية وهو على المولى لا على العبد وقد تعذر ايجابه على المولى لمكان الحجر وهذا اوفق للقواعد لان
ان العبد اذا اقر بعد العتق بالقتل قبله لا يجب عليه شيء لكونه اسنده الى حالة منافية للضمان على ما
بينا قبيل هذا ولهذا لو حفر العبد بيرا فاعتقه مولاه ثم وقع فيها انسان فهلك لا يجب على العبد شيء وانما
يجب على المولى قيمته لان جناية العبد لا توجب عليه شيئا وانما توجب على المولى فيجب عليه قيمة واحدة
ولو مات فيها الف نفس فيقتسمونها بالحصص قال رحمه الله وكذا ان امر عبدا معناه ان يكون الامر عبدا

والمامور ايضا عبدا محجورا عليهما فيخاطب مولى القاتل بالدفع او الفداء ولا رجوع له على الامر فى الحال
ويرجع بعد العتق بالاقل من الفداء او قيمة العبد لانه غير مضطر فى دفع الزيادة وعلى قياس ما ذكره
العتابى لا يجب عليه شيء لما بينا وهذا اذا كان القتل خطاء وكذا اذا كان عمدا والعبد القاتل صغيرا
لان عمده خطاء على ما بينا واما اذا كان كبيرا يجب القصاص لانه من اهل العقوبة ولو امر رجل حر صبيا حرا
فالدية على عاقلة الصبى لانه المباشر ثم ترجع العاقلة على عاقلة الرجل لانه المسبب اذ لولا امره لما
قتل لضعف فيه ولا يقال كيف تعقل عاقلة الرجل ما لزم بسبب القول فينبغى ان يكون كالاقرار لانا
نقول هذا قول لا يحتمل الكذب وهو سبب بخلاف الاقرار بالقتل فانه يحتمل الكذب فلا تعقله العاقلة
ولو كان المامور عبدا محجورا عليه كبيرا او صغيرا يخير المولى بين الدفع والفداء وايهما اختار يرجع بالاقل
على الامر فى ماله لان الامر صار غاصبا للعبد بالامر كما اذا استخدمه وضمان الغصب فى ماله لا على العاقلة
بخلاف الاول لان ذاك ضمان جناية لكون المامور حرا لا يتصور فيه الغصب فيكون على العاقلة وان كان
المامور حرا بالغا عاقلا فعلى عاقلته الدية ولا ترجع العاقلة على الامر عاقلا لان امره لم يصح ولا ياثم هو
ايضا بامر مثله لا سيما فى الدم وان كان الامر عبدا ماذونا له فى التجارة كبيرا كان او صغيرا والمامور عبدا
محجورا عليه او ماذونا له يخير مولى المامور بين الدفع والفداء وايهما فعل رجع على العبد الماذون له
لان هذا ضمان غصب وانه من جنس ضمان التجارة لانه يودى الى تملك المضمون باداء الضمان والماذون له
يواخذ بضمان التجارة بخلاف ما اذا كان المامور حرا حيث لا ترجع عاقلته المامور على الامر [illegible]
فى الحال ولا بعد الحرية لعدم تحقق الغصب فى الحر ولو كان الامر صبيا حرا ماذونا له فى التجارة فحكمه حكم العبد
الماذون له حتى يرجع عليه فيما اذا كان المامور عبدا لتحقق الغصب فيه ويكون ذلك من ماله دون العاقلة
لانه ليس بضمان جناية وانما هو ضمان تجارة ولا يرجع عليه اذا كان المامور حرا لعدم تصور الغصب فيه
فصار الصبى الامر فى حقه كالصبى المحجور عليه ولو كان الامر مكاتبا صغيرا كان او كبيرا والمامور صبى حر تجب
الدية على عاقلة الصبى وترجع العاقلة على المكاتب بالاقل من قيمته ومن الدية لان هذا حكم جناية المكاتب
بخلاف القن فان حكم جنايته على المولى فيجب المولى عليه ان امكن والا سقط على ما بينا وان عجز المكاتب
بعد ما قضى القاضى عليه بالقيمة بتاع رقبته الا ان يفدى المولى فيه عندهم وهو القيمة والقياس ان يبطل
حكم جنايته وهو قول ابى حنيفة رحمه الله اولا لانه بالعجز صار قنا وامره لا يصح ولكنهما يقولان لما قضى عليه
بالقيمة صار دينا عليه وتقرر فلا يسقط حتى لو عجز قبل القضا عليه بالقيمة بطل حكم جنايته لان حكم جنايته
انما يصير دينا عليه بالقضاء ولم يوجد وان عجز بعد ما ادى كل القيمة لا يبطل بالاجماع حتى لا يسترد المولى
القيمة ولو ادى البعض ثم عجز يسلم ما اداه لهم ويبطل الباقى عنده وعندهما لا يبطل وان كان المامور
عبدا غير مولاه بين الدفع والفداء ثم يرجع على المكاتب بقيمة المامور الا اذا كانت قيمته اكثر من الدية
فينقص عشرة دراهم وفى اشكال وهو ان يقال ان هذا ضمان الغصب ففيه تضمن قيمته بالغة ما بلغت
فكيف تنقص عشرة دراهم كضمان الجناية فجوابه هذا ضمان الغصب لكن حصل بسبب الجناية فباعتبار
الغصب وجب قيمة المامور وباعتبار المسبب روعى التقدير لوجوبه بسبب الجناية فاعتبرناها فى حق
التقدير وان عجز المكاتب فمولى المامور يطالب مولى المكاتب ببيعه لان ضمان الغصب لا يسقط بعجز
المكاتب وان اعتق المولى المكاتب فمولى المامور بالخيار ان شاء رجع بجميع قيمة المامور على المعتق لانه
ضمان غصب فلا يبطل بالاعتاق وان شاء رجع على المولى بقدر قيمة المعتق وبالفضل على المعتق الى
تمام قيمة المامور وان كان المامور مكاتبا يجب على المامور ضمان قيمة نفسه ولا يرجع به على الامر لانه
يتعذر هنا ان يجعل ضمان غصب لان المكاتب حر [illegible] فلا يكون محلا للغصب صغيرا كان او كبيرا كالحر

ولتعذر الرجوع بحكم الجناية ايضا لانه لا جناية من الآمر لكون المأمور كبيرا حكما سواء كان صغيرا او كبيرا لان المكاتب الصغير ملحق بالكبير فصار كالحر البالغ العاقل اذا كان مأمورا قال رحمه الله عبد قتل رجلين عمدا ولكل وليان فعفى احد وليي كل منهما دفع سيده نصفه الى الآخرين او فداه بالدية اي للمولى الخيار ان شاء دفع نصف العبد الى اللذين لم يعفوا من وليي القتيلين وان شاء فداه بدية كاملة لانه لما عفى احد وليي كل منهما سقط القصاص في الكل وانقلب نصيب الساكتين مالا وهو دية كاملة لان كل واحد من القتيلين يجب له قصاص كامل على حدة فاذا سقط القصاص وجب ان ينقلب كله مالا وذلك ديتان فيجب على المولى عشرون الفا او دفع العبد غير ان نصيب العافيين سقط مجانا فانقلب نصيب الساكتين مالا وذلك دية واحدة و لكل واحد منهما نصف الدية او دفع نصف العبد لهما فيخير المولى بينهما قال رحمه الله وان قتل احدهما عمدا والآخر خطأ فعفى احد وليي العمد فدى بالدية لوليي الخطأ وبنصفها لاحد وليي العمد او دفعه اليهم اثلاثا لان وليي الخطأ حقهما في الدية عشرة آلاف درهم وحق وليي العمد في القصاص فاذا عفى احدهما انقلب نصيب الآخر مالا وهو نصف الدية خمسة آلاف درهم فاذا فداه فداه بخمسة عشر الف درهم عشرة آلاف لوليي الخطأ وخمسة آلاف لغير العافي من وليي العمد وان دفعه دفعه اليهم اثلاثا ثلثيه لوليي الخطأ وثلثه للساكت من وليي العمد بطريق العول لان حقهم في الدية كذلك فيضرب وليا الخطأ بعشرة آلاف ويضرب غير العافي من وليي العمد بخمسة آلاف وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد يدفعه ارباعا بطريق المنازعة ثلاثة ارباع لوليي الخطأ وربعه لغير العافي من وليي العمد لان نصفه سلم لوليي الخطأ بلا منازعة واستوت منازعتهم في النصف الآخر فينتصف فان قيل ينبغي ان يسلم للمولى ربع العبد في هذه المسئلة وهو نصيب العافي من وليي العمد ويدفع ثلاثة ارباعه اليهم ليقسم بينهم على قدر حقوقهم كما سلم له النصف في المسئلة الاولى وهو نصيب العافيين قلنا لا يمكن ذلك هنا لان وليي الخطأ استحقاه كله ولم يسقط من حقهما شيء وهذا لان حق كل واحد من الفريقين تعلق بكل الرقبة في المسئلتين غير انه لما عفى احد وليي كل قتيل سقط حق العافيين عن الرقبة في المسئلة الاولى وخلى نصيبهما منه عن حقهما وصار ذلك للمولى وهو النصف بخلاف ما نحن فيه فان حق وليي الخطأ ثابت في الكل على حاله فكانت الرقبة كلها مستحقة لهما والنصف لغير العافي من وليي العمد فلهذا افترقا فيقسمونه كله على قدر حقوقهم بطريق العول او المنازعة ولهذه المسئلة نظائر واضداد ذكرناها في كتاب الدعوى من هذا الكتاب باصولها التي تنشأ منها الخلاف بتوفيق الله فلا نعيده قال رحمه الله عبدهما قتل قريبهما فعفى احدهما بطل الكل معناه اذا كان عبد بين رجلين فقتل قريبا لهما كابيهما او اخيهما فعفى احدهما بطل الجميع ولا يستحق غير العافي منهما شيئا من العبد غير نصيبه الذي كان له من قبل وكذا اذا كان العبد لقريب لهما او لمعتقهما فقتل مولاه فورثاه بطل الكل وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف يدفع الذي عفى نصف نصيبه الى الآخر او يفديه ... وان شاء فداه بربع الدية لان حق القصاص ثبت لهما في العبد على الشيوع لان الملك لا ينافي استحقاق القصاص عليه للمولى فاذا عفى احدهما انقلب نصيب الآخر وهو النصف مالا غير انه شايع في كل العبد فيكون نصفه في نصيبه ونصفه في نصيب صاحبه فما اصاب نصيبه سقط لان المولى لا يستوجب على عبده ... وما اصاب نصيب صاحبه ثبت وهو نصف النصف وهو الربع فيدفع نصف نصيبه او يفديه بربع الدية ولابي حنيفة رحمه الله ان ما يجب من المال يكون حق المولى لانه بدل دمه ولهذا تقضى منه ... وصاياه ثم الورثة يخلفونه فيه عند الفراغ من حاجته والمولى لا يستوجب على عبده مالا ... فيه ولان القصاص لما صار مالا صار بمعنى الخطأ وفيه لا يجب شيء فكذا هنا هو معناه

فصل

قال رحمه الله قتل عبد خطأ يجب قيمته ولا تنقص عشرة لو كانت عشرة آلاف او اكثر وفي الامة خمسة من خمسة

آلاف وفي المغصوب يجب قيمته ما بلغت وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف والشافعي تجب قيمته بالغة ما بلغت وفي الغصب تجب قيمته بالغة ما بلغت بالاجماع لهما ما روي عن عمر وعلي وابن عمر رضي الله عنهم اوجبوا في قتل العبد قيمته بالغة ما بلغت ولان الضمان بدل المالية ولهذا يجب للمولى وهو لا يملك الا من حيث المالية ولو كان بدل الدم لكان للعبد اذ هو في حق الدم مبقى على اصل الحرية فعلم انه بدل المالية ولهذا لو قتل العبد المبيع قبل القبض يبقى عقد البيع ويقاؤه ببقاء المالية اصلا او بدلا في حال قيامه او هلاكه فصار كسائر الاموال وكقليل القيمة والغصب ولان ضمان المال بالمال اصل وضمان ما ليس بمال بالمال خلاف الاصل ومهما امكن ايجاب الضمان على موافقة القياس لا يصار الى ايجابه بخلاف الاصل ولابي حنيفة ومحمد قوله تعالى ودية مسلمة اوجبها مطلقا من غير فصل بين ان يكون حرا او عبدا والدية اسم للواجب بمقابلة الآدمية وهو آدمي فيدخل تحت النص وهذا لان المذكور في الآية حكمان الدية والكفارة والعبد داخل فيهما في حق الكفارة بالاجماع لكونه آدميا فكذا في حق الدية لانه آدمي ولهذا يجب القصاص بقتله بالاجماع ويكون مكلفا ولولا انه آدمي لما وجب القصاص ولا كلف كسائر الاموال غاية الامر ان يقال فيه معنى المالية وذلك لا يمنع اعتبار الآدمية بدليل ما ذكرنا من الاحكام ولانه لما كان فيه معنى المالية والآدمية وجب اعتبار اعلاهما وهي الآدمية عند تعذر الجمع بينهما باهدار الادنى وهي المالية ولان الآدمية اسبق والرق عارض بواسطة الاستنكاف فكان اعتبار ما هو الاصل اولى الا ترى ان القصاص يجب بقتله عمدا بهذا الاعتبار والمتلف في حالة العمد والخطأ واحد فاذا اعتبر في احدى حالتي القتل آدميا وجب ان يعتبر في الحالة الاخرى كذلك اذ الشيء الواحد لا يتبدل جنسه باختلاف حالة اتلافه وهذا اولى من العكس لان في العكس اهدار ادميته والحاقه بالبهائم والجماد وما رويناه من الاثر معارض باثر ابن مسعود او هو محمول على الغصب وضمان الغصب بمقابلة المالية لا معارض لها اذ الغصب لا يرد الا على المال وبقاء العقد لا يعتمد المالية وانما يعتمد الفائدة الا ترى انه يبقى بعد قتله عمدا ايضا وان لم يكن القصاص مالا ولا بدلا عن المالية وفي قليل القيمة الواجب بمقابلة الآدمية الا انه لا سمع فيه فقدرناه بقيمته رأيا بخلاف كثير القيمة لان فيه قول ابن مسعود لا يبلغ بقيمة العبد دية الحر وينقص منه عشرة دراهم والاثر في المقدرات كالخبر اذ لا يعرف الا سماعا ولان ادميته انقص فيكون بدلها اقل كالمرأة والجنين الا ترى انه لما كان انقص تنصفت النعم والعقوبات في حقه اظهارا لانحطاط رتبته فكذا هذا وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله انه يجب في الامة خمسة آلاف درهم الا خمسة لان دية الانثى نصف دية الذكر فيكون الناقص عن دية الانثى نصف الناقص عن دية الذكر كما في الاطراف والاول اظهر لان اقل مال له خطر في الشرع عشرة كنصاب السرقة والمهر وما دونه لا يعتبر بخلاف الاطراف لانه بعض الدية فينتقص من كل جزء بحسابه ولو نقص من كل جزء عشرة لما وجب اصلا قال رحمه الله وما قدر من دية الحر قدر من قيمته ففي يده نصف قيمته لان القيمة في العبد كالدية في الحر اذ هو بدل الدم على ما بيناه فيكون في يده نصف قيمته لا يزاد على خمسة آلاف الا خمسة لان اليد من الآدمي نصفه فيعتبر بكله وينقص هذا المقدار اظهارا لانحطاط رتبته وقيل تضمن في بعض الاطراف ... القيمة ما بلغت ولا ينقص منه شيء لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال وهذا يؤدي الى ... ما يجب في الاطراف اكثر مما يجب في النفوس بان كانت قيمته مثلا مائة الف فانه ... بقتله عشرة آلاف الا عشرة وفي لحيته روايتان في رواية الاصل يجب حكومة عدل وهو الصحيح لان المقصود من العبد الخدمة والجمال وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله انه يجب كمال القيمة لان الجمال في حقه مقصود ايضا قال رحمه الله قطع يد عبد فحرره سيده فمات منه وله

فان ضمان الواجب يكون ضمان المال ضرورة كافي

اي وكان العبد اذا كان قليل القيمة وكان الغصب

ورثة غيره لا يقتص ولا اقتص منه وانما لا يقتص في الاول لاشتباه من له الحق لان القصاص يجب
عند الموت مستندا الى وقت الجرح فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار الحالة الثانية يكون
للورثة فتحقق الاشتباه فتعذر فلا يجب على وجه يستوفى اذا الكلام فيما اذا كان للعبد ورثة اخرى سوى
المولى واجتماعهما لا يزيل الاشتباه لان الملك يثبت لكل واحد منهما في احدى الحالتين ولا يثبت على الدوام
فيهما فلا يكون الاجتماع مفيدا ولا يقاد باذن كل واحد منهما لصاحبه لان الاذن انما يصح اذا كان الاذن يملك
ذلك بخلاف العبد الموصى لرقبته لرجل وبخدمته لاخر لان ملك كل واحد منهما دائم فصارا بمنزلة الشريكين
فيه فلا ينفرد احدهما دون الاخر لما فيه من ابطال حق الاخر فيقتل باجتماعهما الرضى ببطلان حقه واما في الثالث
وهو ما اذا لم يكن له ورثة غير المولى فالمذكور قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد لا يجب القصاص
فيه ايضا لان سبب الولاية قد اختلف لانه الملك على اعتبار حالة الجرح والوراثة بالولاء على اعتبار
حالة الموت فنزل اختلاف السبب منزلة اختلاف المستحق فيما لا يثبت مع الشبهة او فيما يحتاط فيه فصار
كما اذا قال لاخر بعتني هذه الجارية فقال الاخر بل زوجتها منك لا يحل له وطيها لما قلنا بخلاف ما اذا قال لرجل بالف
درهم من القرض وقال المقر له من ثمن مبيع فانه يقضى له بالالف وان اختلف السبب لان الاموال تثبت بالشبهة
فلا يبالى باختلاف السبب عند اتحاد الحكم ولان الاعتاق قاطع للسراية وبانقطاعها يبقى الجرح بلا سراية
او السراية بلا قطع فيمتنع القصاص ولهما انا تيقنا بثبوت الولاية للمولى فيستوفيه وهذا لان المقضي
له معلوم والحكم متحد فامكن الايجاب والاستيفاء واتحاد المستوفي والمستوفى ولا معتبر باختلاف السبب بعد
ذلك كمسئلة الاقرار بخلاف الفصل الاول لان المقضي له مجهول وبخلاف مسئلة الجارية لان الحكم مختلف
اذ ملك اليمين يغاير ملك النكاح في الحكم لان النكاح يثبت الحل مقصودا وملك اليمين لا يثبته مقصودا وقد
لا يثبت الحل اصلا ولان ما ادعى كل واحد منهما من السبب للحل انتفى بانكار الاخر فبقي بلا سبب فلا يثبت الحل
بدونه اذ لا يجري فيه البدل بخلاف ما نحن فيه لان السبب موجود بيقين ولا منكر له فلم يوجد ما يبطله ولا ما
يحتمل الابطال فامكن استيفاؤه والاعتاق لا يقطع السراية لذاته بل لاشتباه من له الحق وذلك اذا كان له
وارث اخر غير المولى على ما بينا او في الطرف او في القتل خطأ لان العبد لا يصلح مالكا للمال فعلى اعتبار حالة
الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار حالة الموت او زيادة الجرح في الحالة الثانية يكون العبد لحريته حتى تقضى
منه ديونه وتنفذ وصاياه فتحصل الاشتباه فيمن له الحق فيسقط ما حدث بعد الحرية من ذلك الجرح
واما القتل عمدا فموجبه القصاص فلا اشتباه فيه اذا لم يكن له وارث سوى المولى لانه على اعتبار ان يكون
لحق العبد فالمولى هو الذي يتولاه فلا اشتباه فيمن له الحق فحاصله انهم اجمعوا في الخطأ وفي العمد فيما
اذا كان له وارث اخر ان الاعتاق يقطع السراية فلا يجب الا ارش القطع وما نقص بذلك الى الاعتاق
ويسقط الدية والقصاص وكذا في القطع اذا لم يمت منه لا يجب فيه سوى ارش القطع وما نقصه الى الاعتاق
ولا يجب ما حدث من النقصان بعد الاعتاق بالاجماع فعلم بذلك ان كل موضع لا يجب فيه القصاص يجب فيه
ارش القطع وما نقصه الى الاعتاق ولا يجب عليه الدية ولا ما نقص منه بعد الاعتاق **قال** رحمه الله ومن قال احدكما
حر فشجا اثنين في احدهما فارشهما للسيد يعني اذا قال لعبديه احدكما حر ثم شجا فبين العتق في احدهما بعد الشج
فارشهما للمولى لان العتق غير نازل في المعين فالشجة تصادف المعين فبقيا مملوكين في حق الشجة ولو قتلهما
رجل واحد معا تجب دية حر وقيمة عبد والفرق ان البيان انشاء من وجه واظهار من وجه ... ف
وبعد الشجة بقي محلا للبيان فاعتبر انشاء في حق المحل وبعد الموت لم يبق محلا للبيان فاعتبر اظهارا محضا فاذا
قتلهما رجل واحد معا واحدهما حر يجب عليه دية حر وقيمة عبد فيكون ... بين المولى والورثة
لعدم الاولوية وان اختلفت قيمتهما يجب نصف قيمة كل واحد منهما ودية حر فيقسم مثل الاولى والدية للمولى

لورثته لتعينه للعتق بعد موت الاول وبخلاف ما اذا قتل كل واحد منهما رجل معا حيث يجب قيمة المملوكين
لانا لم نتيقن بقتل كل واحد منهما حرا لان كل واحد منهما ينكر ذلك ولان القياس يابى ثبوت العتق في المجهول لانه
لا يفيد فايدته وانما صححناه ضرورة صحة التصرف وانتقال الولاية الفعل من المجهول الى المعلوم فيتقدر
بقدر الضرورة وهي في النفس دون الاطراف والدية فيبقى مملوكا في حقهما فتجب القيمة فيهما فيكون نصفين
بين المولى والورثة فياخذ هو نصف قيمة كل واحد منهما ويترك النصف لورثته لان موجب العتق ثابت في
احدهما في حق المولى فلا يستحق بدله فيوزع ذلك عليهما نصفين وان قتلوهما على التعاقب فعلى القاتل الاول
قيمته للمولى لتعينه للرق وعلى القاتل الثاني ديته لورثته لتعينه للعتق بعد موت الاول وان كان لا يدرى
ايهما قتل اولا فعلى كل واحد منهما قيمته والمولى من كل واحد منهما نصف القيمة كالاول لعدم اولوية احدهما
بالتقديم **قال** رحمه الله وفقء عيني عبد دفع سيده عبده واخذ قيمته او امسكه ولا ياخذ النقصان اي اذا فقأ
رجل عيني عبد فالمولى بالخيار ان شاء دفع العبد المفقوء الى الفاقئ واخذ قيمته كاملا وان شاء امسكه ولا شيء
له وهذا عند ابي حنيفة وقالا ان شاء امسك العبد واخذ ما نقصه وان شاء دفع العبد واخذ قيمته
وقال الشافعي رحمه الله يضمنه كل القيمة ويمسك الجثة لانه يجعل الضمان مقابلا بالفايت فبقي الباقي على ملكه
كما اذا قطع احدى يديه او فقأ احدى عينيه ونحن نقول المالية قايمة في الذات وهي معتبرة في حق الاطراف لان
اقتصار اعتبار المالية في الذات دون الاطراف ساقط بل المالية تعتبر في الاطراف ايضا بل اعتبار المالية في الاطراف
اولى لانها يسلك بها مسلك الاموال فاذا كانت المالية معتبرة وقد وجد ايضا اتلاف النفس من وجه بتفويت
جنس المنفعة وهذا الضمان مقدر بقيمة الكل فوجب ان يتملك الجثة دفعا للضرر عنه ورعاية للمماثلة بخلاف
ما اذا فقأ عيني حر لانه ليس فيه معنى المالية وبخلاف عيني المدبر لانه لا يقبل النقل من ملك الى ملك وفي قطع
احدى اليدين وفقء احدى العينين لم يوجد تفويت جنس المنفعة فاذا ثبت هذا جينا الى تعليل مذهب
الفريقين لهما ان العبد في حكم الجناية على اطرافه بمنزلة المال حتى لا يجب القود فيها ولا يتحملها العاقلة وتجب
قيمته بالغة ما بلغت فكان معتبرا به بالمال فاذا كان معتبرا به اوجب تخيير المولى على الوجه الذي قلناه كما في
ساير الاموال فان من خرق ثوب الغير خرقا فاحشا يوجب تخيير المالك ان شاء دفع الثوب وضمنه قيمته وان شاء
امسكه وضمنه النقصان وله ان المالية وان كانت معتبرة في الذات فالادمية ايضا غير مهدرة فيه وفي الاطراف
الا ترى ان عبدا لو قطع يد عبد اخر يومر مولاه بالدفع او الفداء وهذا من احكام الادمية لان موجب الجناية
على المال ان تباع رقبته فيها ثم من احكام الادمية ان لا ينقسم الضمان على الجزء الفايت والقايم بل يكون بازاء
الفايت لا غير ولا يتملك الجثة ومن احكام المالية ان ينقسم على الجزء الفايت والقايم ويتملك الجثة فوفرنا على
الشبهين حظهما فقلنا بانه لا ينقسم اعتبارا للادمية ويتملك الجثة اعتبارا للمالية وهذا اولى مما قالاه
لان فيما قالا اعتبار جانب المالية فقط وهو ادنى واهدار جانب الادمية وهو اعلى ومما قاله الشافعي
ايضا لان فيه اعتبار الادمية فقط والشيء اذا اشبه شيئين يوفر عليه حظهما **قال** رحمه الله جنى مدبر او ام ولد
ضمن السيد الاقل من القيمة ومن الارش لما روي عن ابي عبيدة بن الجراح انه قضى بجناية المدبر على المولى بمحضر
من الصحابة رضي الله عنهم من غير نكير وكان يومئذ اميرا بالشام فكان اجماعا ولان المولى صار مانعا بالتدبير
... وكذا بالاستيلاد من غير ان يصير مختارا للفداء لعدم علمه بما يحدث فصار كما اذا فعل ذلك
بعد الجناية ... وانما يجب الاقل من القيمة ومن الارش لانه لا حق لولي الجناية في اكثر من الارش ولا
منع من المولى في ... وقيمتها تقوم مقامها ولا يخير بين الاكثر والاقل لانه لا يفيده في جنس واحد
لاختياره الاقل بخلاف ما اذا كان الجاني قنا حيث يخير بين الدفع والفداء ولا يجب الاقل لان فيه فايدة
لاختلاف الجنس لان من الناس من يختار دفع العين ومنهم من يختار دفع النقد على ما هو الايسر عنده او يبقى

ما يختاره على ملكه ويخرج الآخر عن ملكه ثم الاصل فيه ان جنايات المدبر لا توجب الا قيمة واحدة وان كثرت
لانه لا منع منه الا رقبة واحدة ولان دفع القيمة فيه كدفع العين في القن ودفع العين لا يتكرر فكذا ما قام مقامها
ويتضاربون بالحصص في القيمة وتعتبر قيمته في حق كل واحد منهم في حالة الجناية عليه لانه ليتحقق في ذلك
الوقت حتى اذا قتل رجلا وقيمته الف ثم قتل اخر وقيمته الفان ثم قتل اخر وقيمته خمسمائة يجب على المولى الفا درهم
لانه جنى على الاوسط وقيمته الفان فيكون لولي الاوسط الف منهما لا يشاركه فيه احد [illegible] لان ولي الاول
لا حق له فيما زاد على الالف وانما حقه في قيمته يوم جنى على وليه وهو الف درهم وكذا الثالث لا حق له فيما زاد
على خمسمائة لما ذكرنا ثم نعطي خمسمائة فتقسم بين الاول والاوسط يضرب الاول بجميع حقه وهو عشرة الاف
درهم ويضرب الاوسط بما بقي من حقه وهو تسعة الاف درهم لوصول الالف اليه ثم ما بقي من قيمته خمسمائة
تقسم بين الثلاثة لاستوائهم فيها فيضرب الثالث بعشرة الاف ويضرب الاول بعشرة الا ما اخذ في تلك المرة
ويضرب الاوسط بعشرة الاف الا ما اخذ في المرتين **قال رحمه الله** فان دفع القيمة بقضاء فجنى اخرى يشارك الثاني
الاول اي اذا دفع المولى القيمة لولي الجناية الاولى بقضاء القاضي ثم جنى جناية اخرى بعد ذلك فلا شيء على المولى
لان جناياته كلها لا توجب الا قيمة واحدة ولا تعدي من المولى بدفعها الى ولي الجناية الاولى لانه مجبور عليه بالقضا
فيتبع ولي الجناية الثانية ولي الاولى فيشاركه فيها ويقتسمانها على قدر حقهما على ما ذكرنا **قال رحمه الله** ولو
بغير قضاء اتبع السيد او ولي الجناية اي لو دفع المولى القيمة الى ولي الجناية الاولى كان ولي الجناية الثانية
بالخيار ان شاء اتبع المولى بحصته من القيمة وان شاء اتبع ولي الجناية الاولى وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى
وقالا لا شيء على المولى لانه فعل عين ما يفعله القاضي ولا تعدي منه بتسليمه الى الاول لانه حين دفع وقع الحق
الى مستحقه ولم تكن الجناية الثانية موجودة ولا علم له بما يحدث حتى يجعل متعديا ولابي حنيفة رحمه الله ان جنايات
المدبر توجب قيمة واحدة فهم شركاء فيها والجناية المتاخرة كالمقارنة حكما ولهذا يشتركون فيها كلهم ثم اذا
دفعها الى الاول باختياره صار متعديا في حق الثاني لان حصته وجبت عليه وليس له ولاية عليه حتى ينفذ
هذا الدفع في حقه بخلاف القاضي لان له ولاية عليه فينفذ فاذا لم ينفذ دفع المولى في حق الثاني فالثاني
بالخيار ان شاء اتبع الاول لانه قبض حقه ظلما فصار به ضامنا فياخذه منه وان شاء اتبع المولى لانه دفع حقه
بغير اذنه فاذا اخذه منه رجع المولى على الاول بما ضمن للثاني وهو حصته لانه قبضه بغير حق فيسترده منه
وهذا لان المولى لا يجب عليه الا قيمة واحدة فلو لم يكن له حق الرجوع لكان الواجب عليه اكثر من القيمة ولان
الثانية مقارنة من وجه حتى يشارك ومتاخرة من وجه في حق اعتبار القيمة فتعتبر مقارنة في حق التضمين
ايضا كيلا يبطل حق ولي الثانية واذا اعتق المدبر وقد جنى جنايات لم يلزمه الا قيمة واحدة لما ذكرنا وسواء
اعتقه قبل العلم بالجناية او بعده لان حق الولي لم يتعلق بالعبد فلم يكن مفوتا بالاعتاق وام الولد كالمدبر
في جميع ما ذكرنا من الاحكام لامتناع الدفع كالمدبر واذا اقر المدبر وام الولد بجناية توجب المال لم يجز اقراره
ولا يلزمه شيء لان موجب جنايته على المولى لا على نفسه واقراره على المولى غير نافذ بخلاف ما اذا كانت الجناية
موجبة القود بان اقر بالقتل عمدا حيث يصح اقراره فيقتل به لانه اقرار على نفسه فينفذ عليه لعدم التهمة

باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك

قطع يد عبده فغصبه رجل
ومات منه ضمن قيمته اقطع وان قطع يده في يد الغاصب فمات منه برئ لان الغصب يوجب ضمان الغاصب
ويبرأ الغاصب عن الضمان باسترداد المولى المغصوب وفي المسئلة الاولى لما قطعه [illegible] في يده نقصت
قيمته بالقطع فيجب على الغاصب قيمته اقطع وفي الثانية حين قطع المولى العبد في يد الغاصب صار
مستردا له لاستيلائه عليه وبرئ الغاصب من الضمان لوصول ملكه الى يده قال صاحب الهداية
في الفرق بين المسئلتين ان الغصب قاطع السراية لانه سبب الملك كالبيع فيصير كانه هلك بآفة سماوية فيجب

فيجب قيمته اقطع ولم يوجد القاطع في الفصل الثاني فكانت السراية مضافة الى البداية فصار المولى متلفا فيصير
مستردا وهذا مشكل لان السراية انما تنقطع باعتبار تبدل الملك لاختلاف المستحقين والغصب ليس بسبب
للملك وضعا والغاصب لا يملكه الا باداء الضمان ضرورة كيلا يجتمع البدلان في ملك واحد وذلك بعد ملك
المولى البدل ولم يوجد بحقيقة ان معنى قولهم بقطع السراية ان ما حصل من التلف بالسراية يكون هدرا لا ان
ينسب ذلك الى غير الجاني **قال رحمه الله** غصب محجور مثله فمات في يده ضمن اي اذا غصب العبد المحجور عليه عبدا
محجورا عليه فمات المغصوب في يد الغاصب ضمن الغاصب لان المحجور عليه مؤاخذ بافعاله وهذا منها فيضمن
قال رحمه الله مدبر جنى عند غاصب ثم عند سيده ضمن قيمته لهما اي اذا غصب رجل مدبرا فجنى عنده
جناية ثم رده على مولاه فجنى عنده جناية اخرى ضمن المولى قيمته لولي الجنايتين فتكون بينهما نصفين لان موجب
جناية المدبر وان كثرت قيمة واحدة فيجب ذلك على المولى لانه هو الذي اعجز نفسه عن الدفع بالتدبير السابق
من غير ان يصير مختارا للفداء كما في القن اذا اعتقه بعد الجنايات من غير ان يعلم بها وانما كانت القيمة بينهما نصفين
لاستوائهما في السبب **قال رحمه الله** ورجع بنصف قيمته على الغاصب اي رجع المولى بنصف ما ضمن من قيمة المدبر
على الغاصب لانه ضمن القيمة بالجنايتين نصفها بسبب كان عند الغاصب والنصف الاخر بسبب وجد عنده
فيرجع عليه بسبب لحقه من جهة الغاصب فصار كانه لم يرد نصف العبد لان رد المستحق بسبب وجد عند
الغاصب كلا رد **قال رحمه الله** ودفعه الى الاول اي دفع المولى نصف القيمة التي اخذها من الغاصب الى ولي
الجناية الاولى وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يدفعها اليه لان الذي يرجع به المولى على الغاصب
عوض ما سلم لولي الجناية الاولى لانه انما رجع على الغاصب بسبب ذلك فلا يدفع اليه كيلا يؤدي الى اجتماع
البدل والمبدل في ملك رجل واحد وكيلا يتكرر الاستحقاق ولهما ان حق الاول في جميع القيمة لانه حين
جنى عليه لا يزاحمه احد فيستحق كله وانما انتقص باعتبار مزاحمة الثاني فاذا وجد شيئا من بدل العبد في يد
المالك فارغا عن الحق اخذه ليتم حقه وقوله عوض ما سلم لولي الجناية الاولى قلنا هو كذلك لكن ذلك
في حق المولى والغاصب لان ما اخذه المولى من الغاصب عوض المدفوع الى ولي الجناية الاولى واما في حق المجني عليه
فهو عوض عما لم يسلم له ومثله جائز كالذمي اذا باع خمرا وقضى بثمنها دين مسلم يجوز له اخذه لان تلك الدراهم
ثمن الخمر في حق الذمي وبدل الدين في حق المسلم **قال رحمه الله** ثم رجع به على الغاصب اي رجع المولى بذلك
الذي دفعه الى ولي الجناية الاولى ثانيا على الغاصب عندهما لانه استحق من يده بسبب كان في يد الغاصب
فيرجع عليه بذلك فصار كانه لم يرد ولم يضمن له شيئا اذ لم يبق شيء من العبد او من بدله في يده
قال رحمه الله وبعكسه لا يرجع به ثانيا اي بعكس ما ذكر لا يرجع المولى على الغاصب بالقيمة ثانيا وصورته
ان المدبر جنى عند مولاه اولا فغصبه رجل فجنى عنده جناية اخرى ثم رده على المولى ضمن قيمته لولي الجنايتين
فتكون بينهما نصفين ثم يرجع المولى على الغاصب بنصف القيمة لانه استحق عليه بسبب كان في يد الغاصب
فيدفعه الى ولي الجناية الاولى بالاجماع اما عندهما فظاهر لما بينا واما عند محمد فانما امتنع الدفع الى ولي
الجناية الاولى في المسئلة الاولى كيلا يجتمع البدل والمبدل في ملك واحد على ما بينا وهنا لا يلزم ذلك
لان ما [illegible] من الغاصب عوض [illegible] الى ولي الجناية الثانية فاذا دفعه الى ولي الاولى لا يجتمع البدلان في ملك
واحد وفي الاولى يجتمع لانه عوض ما اخذ فهو بنفسه ثم اذا دفعه الى ولي الاولى لا يرجع به على الغاصب
بالاجماع [illegible] ولهذا قال وبعكسه لا يرجع به ثانيا اما عند محمد فظاهر لانه لم يرجع في المسئلة الاولى
عنده ثانيا [illegible] دفع ما اخذه من الغاصب الى ولي الاولى سلم له ما اخذه من الغاصب فلم يتصور
الرجوع عليه وهنا لم يسلم له بالاجماع ومع هذا لا يرجع على الغاصب بالاجماع بما دفع ثانيا لان الذي
دفعه المولى الى ولي الجناية الاولى ثانيا هنا بسبب جناية وجدت عنده فلا يرجع به على احد بخلاف

ما ذا يجب على المولى لجناية القن

المسئلة الاولى عندهما لان دفع المولى ثانيا الى ولي الجناية الاولى فيها بسبب جناية وجدت عند الغاصب فيرجع عليه به لما ذكرنا قال رح والقن كالمدبر غير ان المولى يدفع العبد هنا وثمة القيمة اى العبد القن فيما ذكرنا كالمدبر ولا فرق بينهما الا ان المولى يدفع القن وفي المدبر القيمة حتى اذا غصب رجل عبدا قنا فجنى في يده ثم رده على المولى فجنى عنده جناية اخرى فان المولى يدفعه الى ولي الجنايتين ثم يرجع على الغاصب بنصف قيمته فيدفعه الى الاول ثم يرجع به على الغاصب عندهما وعند محمد لا يدفع ما اخذه من الغاصب الى ولي الاولى بل يسلم له فلا يتصور الرجوع على الغاصب ثانيا عنده على ما ذكرنا في المدبر وان جنى عند المولى اولا ثم غصبه فجنى في يده ثم رده الى المولى دفعه الى ولي الجنايتين نصفين ثم يرجع بنصف قيمته على الغاصب فيدفعه الى ولي الاولى ولا يرجع به ثانيا على الغاصب لما ذكرنا قال رح مدبر جنى عند غاصبه فرده فغصبه فجنى فعلى سيده قيمته لهما معناه اذا غصب رجل مدبرا فجنى عنده جناية فرده على المولى ثم غصبه ثانيا فجنى عنده جناية اخرى فعلى المولى قيمته بين وليي الجنايتين نصفان لانه منعه بالتدبير فوجب عليه قيمته على ما بينا قال رح ورجع بقيمته على الغاصب لان الجنايتين كانتا في يد الغاصب فاستحق كله بسبب كان في يده فيرجع عليه بالكل بخلاف المسائل المتقدمة فان هناك استحق النصف بسبب كان عنده والنصف بسبب كان في يد المالك فيرجع بالنصف لذلك قال رح ودفع نصفها الى الاول اى دفع المولى نصف القيمة الماخوذة من الغاصب ثانيا الى ولي الجناية الاولى لانه استحق كل القيمة لعدم المزاحم عند وجود جنايته وانما انتقص حقه بحكم المزاحمة من بعد قال رح ورجع بذلك النصف على الغاصب اى رجع المولى بالنصف الذي دفعه ثانيا الى ولي الجناية الاولى على الغاصب لان استحقاق هذا النصف ثانيا بسبب كان في يد الغاصب فيرجع عليه به ويسلم له ذلك ولا يدفعه الى ولي الجناية الاولى لانه استوفى حقه ولا الى ولي الثانية لانه لا حق له الا في النصف لسبق حق الاول عليه ذلك اليه وهذا لان الثاني لم يستحق الا النصف لوجود المزاحم وقت وجود جنايته والمزاحمة موجودة فيبقى على ما كان بخلاف ولي الاولى لانه استحق الكل وقت الجناية وانما رجع حقه الى النصف للمزاحمة فاذا وجد شيئا من بدل العبد اخذه حتى يستوفي حقه ثم قيل هذه المسئلة على الخلاف كالاولى وقيل على الاتفاق والفرق لمحمد ان الذي يرجع به عوض ما سلم له في المسئلة الاولى لان الثانية كانت في يد المالك فلو دفع اليه ثانيا يتكرر الاستحقاق اما في هذه المسئلة فيمكن ان يجعل عوضا عن الجناية الثانية لانها كانت في يد الغاصب فلا يؤدي الى ما ذكرنا قال رح غصب صبيا حرا فمات في يده فجاة او بحمى لم يضمن وان مات بصاعقة او نهش حية فديته على عاقلة الغاصب وهذا استحسان والقياس ان لا يضمن في الوجهين وهو قول زفر والشافعي لان الغصب في الحر لا يتحقق الا ترى انه لا يتحقق في المكاتب وان كان صغيرا لكونه حرا يدا مع انه رقيق رقبة فالحر يدا ورقبة اولى ان لا يضمن به وجه الاستحسان ان هذا ضمان اتلاف لا ضمان غصب والصبي يضمن بالاتلاف وهذا لانه نقله الى ارض مسبعة او الى مكان الصواعق اتلاف منه تسببا وهو متعد فيه بتفويت يد الحافظ وهو الولي فيضمن وهذا لان الحيات والسباع والصواعق لا تكون في كل مكان فاذا امكن حفظه عنه فاذا نقله اليه وهو متعد فيه فقد ازال حفظ الولي عنه متعديا فيضاف اليه لان شرط العلة بمنزلة العلة اذا كان تعديا كالحفر في الطريق بخلاف الموت فجاة او بحمى لان ذلك لا يختلف باختلاف الاماكن حتى لو نقله الى مكان يغلب فيه الحمى والامراض نقول انه يضمن وتجب الدية على العاقلة لكونه قتلا تسببا بخلاف المكاتب لانه في يد نفسه وان كان صغيرا فهو ملحق بالكبير الا ترى انه لا يزوج الا برضاه كالحر البالغ والحر الصغير يزوجه وليه بدون رضاه وهو عاجز عن حفظ نفسه فاذا اخرجه من يد الولي فمات مما يمكن التحرز عنه يضمن والمكاتب لا يعجز عن حفظ نفسه فلا [illegible] بالغصب كالحر الكبير حتى لو لم يمكنه من حفظ نفسه بما صنع به من قيد ونحوه يضمن المكاتب والحر الكبير ايضا كما يضمن الصغير لانه حينئذ يكون التلف مضافا الى الغاصب بتفويت حفظه قال رح كصبي اودع عبدا فقتله اى يضمن عاقلة الغاصب كما

فان استهلك الصبي الماذون له في التجارة ماله يضمن بالاجماع وان كان محجورا عليه ولكنه قبل الوديعة بامر وليه ضمن بالاجماع وان قبل بغير اذن وليه فلا ضمان عليه في قولهما في الحال ولا بعد الادراك وقال ابو يوسف يضمن في الحال واجمعوا على انه لو استهلك مال الغير من غير ان يكون عنده وديعة ضمن في الحال كذا في النهاية مسكين

يضمن عاقلة الصبي اذا قتل عبدا اودع عنده وان اودع طعاما فاكله لم يضمن وهذا الفرق بين العبد المودع والطعام المودع قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف والشافعي يضمن الصبي المودع في الوجهين وعلى هذا لو اودع العبد المحجور عليه مالا فاستهلكه لا يواخذ بالضمان في الحال عند ابي حنيفة ومحمد رح ويواخذ به بعد العتق وعند ابي يوسف والشافعي يواخذ به في الحال وعلى هذا الخلاف الاقراض في العبد والصبي وكذا الاعارة فيهما ثم محمد في اصل الجامع شرط ان يكون الصبي عاقلا وفي الجامع الكبير وضع المسئلة في صبي عمره اثنا عشر سنة وفي ذلك دليل على ان غير العاقل يضمن بالاتفاق لان التسليط غير معتبر فيه وفعله معتبر لابي يوسف والشافعي انه اتلف مالا متقوما معصوما حقا للمالك فيجب عليه ضمانه كما اذا كانت الوديعة عبدا او كان الصبي ماذونا له في التجارة او في الحفظ من جهة الولي وكما اذا اتلفه غيره في يده ولو لم يكن معصوما لما ضمنه لان المال الذي سلط الغير فيه على استهلاكه بمنزلة المباح حتى لا يضمنه من استهلكه لثبوت ولاية الاستهلاك فيه لكل واحد ولهما انه انه اتلف مالا غير معصوم فلا يواخذ بضمانه كما اذا اتلفه باذنه ورضاه وهذا لان العصمة تثبت حقا له وقد فوتها على نفسه حيث وضعه في يد غير مانعة فلا تبقى معصومة الا اذا اقام غيره مقام نفسه في الحفظ ولا اقامة هنا لانه لا ولاية له على الصبي حتى يلزمه ولا للصبي على نفسه حتى تلزمه بخلاف الماذون له لان له ولاية على نفسه كالبالغ وبخلاف ما اذا كانت الوديعة عبدا لان عصمته لحق نفسه اذ هو مبقى على اصل الحرية في حق الدم فكانت عصمته لحق نفسه لا لحق المالك لان عصمة المالك انما تعتبر فيما له ولاية الاستهلاك حتى يمكن غيره من الاستهلاك بالتسليط وليس للمولى ولاية استهلاك عبده فلا يقدر ان يمكن غيره من ذلك فلا يعتبر تسليطه فيضمنه الصبي باستهلاكه بخلاف سائر الاموال

باب القسامة

قال رح قتيل وجد في محلة لم يدر قاتله حلف خمسون رجلا منهم يتخيرهم الولي بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا هذا على سبيل الحكاية عن الجمع واما عند الحلف فيحلف كل واحد منهم بالله ما قتلت ولا علمت له قاتلا لجواز انه قتله وحده فيجترئ على يمينه بالله ما قتلنا يعني جميعا ولا ينعكس لانه اذا قتله مع غيره كان قاتلا له وقال الشافعي اذا كان هناك لوث استحلف الاولياء خمسين يمينا ويقضي لهم بالدية على المدعى عليه عمدا كانت الدعوى او خطأ وقال مالك يقضي بالقود اذا كانت الدعوى في القتل العمد وهو احد قولي الشافعي واللوث عندهما ان يكون هناك علامة القتل على واحد بعينه او ظاهر يشهد للمدعي من عداوة ظاهرة او يشهد عدل او جماعة غير عدول ان اهل المحلة قتلوه وان لم يكن ثم لوث يستحلف المدعى عليهم فان حلفوا لا دية عليهم وان ابوا ان يحلفوا يستحلف المدعون واستحقوا ما ادعوا لما روي ان عبد الله بن سهل وجد قتيلا في قليب من قلب خيبر فقال عم يا رسول الله انا وجدنا قتيلا في قليب من قلب خيبر وذكر عداوة يهود لهم فقال افتبريكم يهود خمسين يمينا انهم لم يقتلوه قال قلت فكيف نرضى بايمانهم وهم مشركون قال عليه السلم فيقسم منكم خمسون انهم قتلوه قالوا كيف نقسم على ما لم نره فوداه رسول الله صلى الله عليه وسلم من عنده وفي رواية قال عليه السلم حين اخبر بذلك اتحلفون خمسين يمينا وتستحقون دم قاتلكم او صاحبكم قالوا يا رسول الله لم نشهد ولم نحضر قال رسول الله افتبريكم يهود بخمسين يمينا قالوا يا رسول الله كيف نقبل ايمان قوم كفار ولان اليمين تجب على من يشهد له الظاهر ولهذا تجب على صاحب اليد فاذا كان الظاهر شاهدا للولي يبدا بيمينه ورد اليمين على المدعي اصل له كما في النكول الا ان هذه دلالة فيها نوع شبهة والقصاص لا يجامعها والمال يجب معها فتجب الدية ولنا قوله عليه السلم لو اعطي الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال واموالهم ولكن البينة على المدعي واليمين على من انكر فسوى في ذلك بين الدماء والاموال وحكم فيها بحكم واحد وروى ابن المسيب ان النبي صلى الله عليه وسلم بدا باليهود في القسامة وجعل الدية عليهم لوجود القتيل بين اظهرهم ولان اليمين حجة للدفع دون الاستحقاق ولهذا لا يستحق بيمينه المال المبتذل فكيف يستحق به النفس المحترم وما رواه

ضعفه جماعة من اهل الحديث فلا يلزم حجة ولئن ثبت انما قال ذلك على سبيل الاستفهام انكارا عليهم لما لم يرضوا
بايمانهم فكانه قال لهم ان اليهود وان كانوا كفارا اليس عليهم فيما تدعون عليهم غير ايمانهم وكما لا تقبل منكم
وان كنتم مسلمين ايمانكم فتستحقون بها كذلك لا يجب على اليهود بدعواكم عليهم غير ايمانهم والدليل على صحة
هذا التاويل حكم عمر رضي الله عنه به بعد النبي صلى الله عليه وسلم بحضرة الصحابة رضي الله عنهم من غير انكار احد منهم
فصار اجماعا ومحال ان يكون علم ذلك عندهم ولا يخبرونه به اذ قال لوادعة في قتيل وجد بين وادعة
وحي اخر يحلف خمسون رجلا منكم بالله ما قتلنا ولا علمنا له قاتلا ثم اغرموا فقال له الحارث نحلف وتغرمنا فقال
نعم وهذا نص على ما قلنا وقوله يتخيرهم الولي في المختصر نص على ان الخيار الى الولي لان اليمين حقه والظاهر
انه يختار من يتهمه بالقتل او اهل الخبرة بذلك او صالحي اهل المحلة لما ان تحرزهم عن اليمين الكاذبة ابلغ فيظهر
القاتل ولو اختار رجلا اعمى او محدودا في قذف جاز لانها يمين وليست بشهادة بخلاف اللعان لانه شهادة فلا تلاعن
بين المحدود وبين امراته اذ ليس هو من اهلها قال رحمه الله فاذا حلفوا قضي على اهل المحلة الدية ولا يحلف الولي
وقال الشافعي يحلف الولي بعد ما حلف اهل المحلة فاذا حلف الاولياء قضي لهم بالدية ولا تجب بمجرد يمين اهل المحلة
لقوله عليه السلام في حديث عبد الله بن سهل تبريكم اليهود بايمانهم ولان اليمين عهد في الشرع مبرئا للمدعى عليه
لا ملزما له كما في سائر الدعاوى ولنا ما روينا من الخبر والاثر وقوله عليه السلام تبريكم اليهود محمول على الابراء عن
القصاص والحبس واليمين مشروعة لتعيين القاتل لا لتجب الدية عند نكولهم حتى تنتفي باليمين لان الدية وجبت
بالقتيل الموجود منهم ظاهرا او لتقصيرهم عن المحافظة على ما عرف في القتل خطأ ومن ابى منهم اليمين حبس حتى
يحلف لان اليمين مستحقة عليه فيحبس لانه لتعظيم امر الدم ولهذا يجمع بينه وبين الدية بخلاف النكول في الاموال
لان اليمين بدل عن اصل حقه ولهذا تسقط ببذل المدعى عليه المال المدعى به وفيما نحن فيه لا تسقط ببذله الدية
هذا الذي ذكرناه اذا ادعى الولي القتل على جميع اهل المحلة وكذا اذا ادعى على البعض لا باعيانهم القتل عمدا او خطأ
لانهم لا يتميزون عن الباقي ولو ادعى على البعض باعيانهم القتل عمدا او خطأ فكذلك الجواب واطلاق
الكتاب يدل على ذلك وعن ابي يوسف في غير رواية الاصول ان القسامة والدية تسقط عن الباقين من اهل
المحلة ويقال للولي الك بينة فان قال لا يستحلف المدعى عليه يمينا واحدة وروى ابن المبارك عن ابي حنيفة مثله
وجهه ان القياس يأباه لاحتمال وجود القتل من غيرهم وانما عرف بالنص اذا كان في مكان ينسب الى المدعى عليهم
وفيما وراءه بقي على اصل القياس ولان دعواه ابراء لهم حيث ادعى معرفة من قتله وصار كما اذا ادعى القتل على
واحد من غيرهم وفي الاستحسان تجب القسامة والدية على اهل المحلة لانه لا فصل في اطلاق النصوص
بين دعوى ودعوى فيجب باطلاق النصوص لا بالقياس بخلاف ما اذا ادعى على واحد من غيرهم لانه ليس فيه
نص فلو اوجبناهما لاوجبناهما بالقياس وهو ممتنع ثم حكم ذلك ان يثبت ما ادعاه اذا كان له بينة وان لم
يكن له بينة استحلف يمينا واحدة لانه ليس بقسامة لانعدام النص وامتناع القياس ثم ان حلف برئ وان نكل
ففي دعوى المال يثبت وفي دعوى القصاص فهو على الاختلاف الذي ذكرناه في كتاب الدعوى قال رحمه الله
وان لم يتم العدد كرر الحلف عليهم ليتم خمسين يمينا لان الخمسين واجب بالنص فيجب اتمامه ما امكن ولا يشترط
فيه الوقوف على الفائدة فيما ثبت بالنص وقد روي عن عمر رضي الله عنه لما قضى بالقسامة وافى اليه تسعة واربعين
رجلا فكرر اليمين على رجل منهم حتى تمت خمسين ثم قضى بالدية وعن شريح والنخعي مثل ذلك ولان [illegible]
لامر [illegible] فتكمل وتكرار اليمين من واحد على سبيل الوجوب ممكن شرعا كما في كلمات اللعان [illegible]
فان اراد الولي ان يكرر على احدهم فليس له ذلك لان المصير الى التكرار ضرورة الاكمال [illegible] قال رحمه الله
ولا قسامة على صبي ومجنون وامراة وعبد لانهم ليسوا من اهل النصرة وانما هم اتباع والنصرة لا تقوم بالاتباع
واليمين على اهل النصرة ولان الصبي والمجنون ليسا من اهل القول الصحيح واليمين قول قال رحمه الله ولا قسامة

اسم قبيلة من همدان

٢٩٧

قف لا قسامة ولا دية في [ميت] لا اثر به

ولا دية في ميت لا اثر به او يسيل دم من فمه او من انفه او دبره بخلاف عينه واذنه لان القسامة تجب في القتيل
وهذا ليس بقتيل وانما مات حتف انفه وفي مثله لا قسامة ولا غرامة لان الغرامة تتبع فعل العبد والقسامة
لاحتمال القتل منهم فلا بد من اثر يكون بالميت يستدل به على انه قتيل وذلك بان يكون به جراحة او اثر ضرب
او خنق فاذا لم يكن به شيء من الاثر لا يكون بفعل البشر فلا يكون قتيلا وكذا اذا خرج الدم من جنبه او ذكره
او دبره لان هذه المخارق يخرج منها الدم عادة فلا يستدل به على انه قتيل بخلاف ما اذا خرج الدم من عينه
او اذنه لانه لا يخرج عادة الا من شدة الضرب فيكون قتيلا ظاهرا فيجري عليه احكامه وهو المراد بقوله بخلاف
عينه واذنه اي بخلاف ما اذا خرج الدم من عينه او اذنه ولو وجد بدن القتيل كله او اكثره او نصفه او النصف
ومعه الراس في محلة فعلى اهلها القسامة والدية وان وجد نصفه مشقوقا بالطول او وجد اقل من النصف
كان معه الراس او لم يكن فلا شيء عليهم لان هذا حكم عرف بالنص وقد ورد به في البدن ولكن للاكثر اعطينا
حكم الكل فاجرينا عليه احكامه تعظيما للادمي والاقل ليس في معناه فلا يلحق به ولانا لو اعتبرناه لاجتمعت
الديات والقسامات بمقابلة شخص واحد بان توجد اطرافه في القرى متفرقة وهو غير مشروع فينتفي ما يؤدي اليه
فيما ان في الاكثر او النصف مع الراس لا غير احترازا عن التكرار ويبتني على هذا صلاة الجنازة لانها لا تتكرر كالقسامة
والدية ولو وجد فيهم جنين او سقط ليس به اثر الضرب لا شيء على اهل المحلة لانه لا يفوق الكبير حالا وان كان
به اثر الضرب وهو تام الخلق وجبت القسامة والدية عليهم لان الظاهر ان تام الخلق ينفصل حيا وان كان
ناقص الخلق فلا شيء عليهم لانه ينفصل ميتا ظاهرا او وجبت القسامة والدية في تام الخلق بالظاهر ولم توجد
الدية في عين الصبي وذكره بالظاهر لان الاطراف اقل خطرا ولهذا يسلك بها مسلك الاموال فلا تجب فيما
لم يعلم سلامته يقينا بخلاف النفس فان خطرها عظيم فيجب بدلها بالظاهر ولهذا تجب القسامة والدية
من غير تحقيق القتل منهم بخلاف الاطراف ولان الجنين نفس من وجه فاعتبرنا جهة النفس ان انفصل حيا فنستدل عليه
بتمام الخلق وعضو من وجه فاعتبرنا جهة العضو ان انفصل ميتا فنستدل عليه بنقصان الخلق قال رحمه الله
قتيل على دابة معها سائق او قائد او راكب فديته على عاقلته دون اهل المحلة لانه في يده فصار كما اذا
كان في داره وان اجتمع فيها السائق والقائد والراكب كانت الدية عليهم جميعا لان القتيل في ايديهم دون
اهل المحلة فصار كما اذا وجد في دارهم ولا يشترط ان يكونوا مالكين للدابة بخلاف الدار والفرق ان
تدبير الدابة اليهم وان لم يكونوا مالكين لها وتدبير الدار الى مالكها وان لم يكن ساكنا فيها وقيل
القسامة والدية على مالك الدابة فعلى هذا لا فرق بينها وبين الدار وعن ابي يوسف انه لا يجب على السائق
الا اذا كان يسوقها مختفيا لان الانسان قد ينقل قريبه الميت من مكان الى مكان الدفن واما اذا كان على
وجه الخفية فالظاهر انه هو الذي قتله وان لم يكن مع الدابة احد فالدية والقسامة على اهل المحلة
الذين وجد فيهم القتيل على الدابة لان وجوده على الدابة كوجوده في الموضع الذي فيه الدابة قال رحمه الله
وان مرت دابة عليها قتيل بين قريتين فعلى اقربهما لما روي انه عليه السلام امر في قتيل وجد بين قريتين
بان يذرع فوجد الى احدهما اقرب بشبر فقضى عليهم بالقسامة والدية وكذا عمر رضي الله عنه امر في قتيل وجد
بين وادعة وارحب فوجد لوادعة اقرب فقضى عليهم بالقسامة والدية وقيل هذا محمول على ما اذا
كانوا بحيث يسمع منه الصوت واما اذا كانوا بحيث لا يسمع منه الصوت فلا شيء عليهم لانهم اذا كانوا بحيث
يسمع منه الصوت يمكنهم الغوث فينسبون الى التقصير في النصرة واذا كانوا بحيث لا يسمع منه الصوت
لا يمكنهم فلا ينسبون الى التقصير في النصرة قال رحمه الله وان وجد في دار انسان فعليه القسامة والدية
على عاقلته لان الدار في يده ويختص بها ولا يدخل السكان في القسامة مع الملاك عند ابي حنيفة ومحمد
وقال ابو يوسف هو عليهم جميعا لان ولاية التدبير تكون بالسكنى كما تكون بالملك الا ترى انه عليه السلام

جعل القسامة والدية على اليهود وكانوا سكانا بخيبر لانه عليه السلام كان قسم خيبر بين المسلمين ولهما ان الملاك
هم المختصون بنصرة البقعة عادة دون السكان ولان سكنى الملاك الزم وقرارهم ادوم فكانت ولاية التدبير
اليهم فيتحقق التقصير منهم واما اهل خيبر فالنبي صلى الله عليه وسلم كان اقرهم على املاكهم فكان ياخذ منهم
على وجه الخراج قال رحمه الله وهي على اهل الخطة دون السكان والمشترين وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
واهل الخطة هم الذين خط لهم الامام حين قسم الاراضي بخطه لتميز انصباءهم وقال ابو يوسف الكل مشتركون لان
الضمان انما يجب بترك الحفظ ممن له ولاية الحفظ وبهذا جعلوا مقصرين جناة والولاية باعتبار الملك
وقد استووا فيه فصار كالدار المشتركة بين واحد من اهل الخطة وبين المشترين ولو كان للخطة تاثير
في التقديم لما شاركه المشترون ولهما ان صاحب الخطة هو المختص بنصرة البقعة في العرف فيختص بعهدتها
دون الدية والقسامة بسببها ولان اهل الخطة اصل والمشترى دخيل وولاية التدبير الى الاصيل
وفي الدار المشتركة ولاية الملك يرجع الى الملاك مطلقا بخلاف القرية والمحلة وقيل ابو حنيفة بنى ذلك
على ما شاهد من عادة اهل الكوفة قال رحمه الله فان لم يبق واحد منهم فعلى المشترين اى ان لم يبق واحد من اهل
الخطة فعلى المشترين وهذا بالاجماع لان الولاية انتقلت اليهم لزوال من يتقدم عليهم عندهما وعند ابي يوسف
خلصت لهم الولاية لزوال من يزاحمهم ثم اذا وجد في دار انسان تدخل العاقلة في القسامة ان كانوا حاضرين
عندهما وعند ابي يوسف لا تدخل لان رب الدار اخص به من غيره فلا يشاركه غيره فيها كاهل المحلة لا يشاركهم
فيها عواقلهم فصار كما اذا كانوا غائبين ولهما انهم بالحضور لزمتهم نصرة البقعة كما تلزم صاحب
الدار فيشاركونه في القسامة قال رحمه الله وان وجد في دار مشتركة على التفاوت فهي على الرؤوس اى اذا وجد
القتيل في دار مشتركة بين جماعة انصباؤهم فيها متفاضلة بان كانت بين ثلاثة مثلا لاحدهم النصف وللآخر
الثلث وللآخر السدس تنقسم الدية والقسامة على عدد رؤوسهم ولا معتبر بتفاوت الانصباء لان صاحب القليل
يزاحم صاحب الكثير في التدبير فكانوا سواء في الحفظ والتقصير فيكون على عدد الرؤوس بمنزلة الشفعة قال رحمه الله
وان بيع فلم يقبض فهو على عاقلة البائع وفي الخيار على ذي اليد اى اذا بيعت الدار ولم يقبضها المشتري حتى وجد
فيها قتيل فضمانه على عاقلة البائع وان وجد في البيع خيار لاحدهما فهو على عاقلة الذي في يده وهذا عند
ابي حنيفة رحمه الله وقالا ان لم يكن فيه خيار فهو على عاقلة المشتري وان كان فيه خيار فعلى عاقلة الذي يصير له
لانه انما نزل قاتلا باعتبار التقصير في الحفظ فلا يجب الا على من له ولاية الحفظ والولاية تستفاد بالملك
ولهذا لو كانت الدار وديعة تجب الدية على صاحب الدار دون المودع والملك للمشتري قبل القبض في البيع البات
وفي الذي شرط فيه الخيار يعتبر قرار الملك كما في صدقة الفطر ولابي حنيفة ان القدرة على الحفظ باليد
لا بالملك الا ترى انه يقدر على الحفظ باليد بدون الملك ولا يقدر بالملك بدون اليد في الدار المغصوبة
وفي البيع البات اليد للبائع قبل القبض وكذا اذا كان فيه الخيار لاحدهما لانه دون البات ولو كان المبيع في
يد المشتري والخيار له فهو اخص الناس به تصرفا وان كان الخيار للبائع فهو في يده مضمون عليه بالقيمة
كالمغصوب فتعتبر يده لانها يقدر على الحفظ بخلاف صدقة الفطر لانها تجب على المالك لا على الضامن
وهذه ضمان جناية فيجب على الضامن لان ضمان الجناية لا يشترط فيها الملك الا ترى ان الغاصب يجب
عليه ضمان جناية العبد المغصوب ولا ملك وبخلاف ما اذا كانت الدار في يده وديعة لان هذا ضمان
ضمان ترك الحفظ وهو انما يجب على من كان قادرا على الحفظ وهو من له يد اصالة لا من
له يد نيابة وكذا المستعير والمرتهن وكذا الغاصب لان يده يد امانة لان القتل لا يتعين بالغصب
ذكره في النهاية وذكر في الهداية ما يدل على ان الضمان على الغاصب قال رحمه الله ولا يعقل عاقلة حتى
يشهد الشهود انها للذي في يده اى اذا كانت دار في يد رجل فوجد فيها قتيل لا تعقل عاقلته حتى تشهد

الشهود انها لصاحب اليد لان ملك صاحب اليد لا بد منه حتى تعقله عاقلته عنه واليد وان كانت تدل على
الملك ولكنها محتملة فلا يكفي لايجاب الضمان على العاقلة كما لا يكفي لاستحقاق الشفعة في الدار المشفوعة
لان ما ثبت بالظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق ويصلح للدفع وقد عرف في موضعه ولا فرق في ذلك بين ان
يكون القتيل الموجود فيها هو صاحب الدار او غيره عند ابي حنيفة رحمه الله على ما نبينه ان شاء الله تعالى قال رحمه الله
وفي الفلك على من فيها من الركاب والملاحين لانها في ايديهم فيستوي المالك وغيره فيه اما على قول
ابي يوسف فظاهر لانه كان يسوي في الدار بين السكان والملاك والفرق لهما ان الفلك ينقل ويحول فيكون
في اليد حقيقة فيعتبر فيها اليد دون الملك كما في الدابة بخلاف العقار لانه لا ينتقل قال رحمه الله
وفي مسجد محلة على اهلها وفي الجامع والشارع لا قسامة والدية على بيت المال لان التدبير في مسجد المحلة
اليهم وفي الجامع والشارع العامة لا يختص به احد منهم والقسامة لنفي تهمة القتل وذلك لا يتحقق في حق الكل
فديته تكون في بيت المال لانه مال العامة وكذلك الجسور العامة والسوق العامة التي في الشوارع وكذا لو
وجد في مسجد جماعة يكون في السوق التي هي للعامة لان التدبير في مثل هذا كله الى الامام لانه نائب المسلمين
لا الى اهل هذه السوق بخلاف الاسواق المملوكة لاهلها او التي في المحال والمساجد التي فيها حيث يجب الضمان
فيها على اهل المحلة او على الملاك على الاختلاف الذي بينا لانها محفوظة بحفظ اربابها او بحفظ اهل المحلة
وفي المنتقى اذا وجد قتيل في صف من السوق فان كان اهل ذلك الصف يبيتون في حوانيتهم فدية القتيل عليهم
وان كانوا لا يبيتون فيها فالدية على الذين لهم ملك الحوانيت ولو وجد في السجن فديته على بيت المال عندهما
وعند ابي يوسف على اهله وهي مبنية على مسئلة السكان والملاك قال رحمه الله ويهدر في برية او وسط الفرات
لان الفرات ليس في يد احد ولا في ملكه اذا كان يمر به الماء بخلاف ما اذا كان النهر صغيرا حيث يستحق به الشفعة
حيث يكون ضمانه على اهله لقيام يدهم عليه وكذا البرية لا يد لاحد فيها ولا ملك فيهدر ما وجد
فيها من القتيل حتى لو كانت البرية مملوكة لاحد او كانت قريبة من القرية بحيث يسمع منه الصوت يجب على
المالك او على اهل القرية لما بينا وذكر الكرخي وشيخ الاسلام ان النهر العظيم اذا كان موضع انبعاث مائه في
دار الاسلام تجب الدية في بيت المال لانه في ايدي المسلمين بخلاف ما اذا كان انبعاث مائه في دار الحرب
لانه يحتمل ان يكون قتيل اهل الحرب فيهدر قال رحمه الله ولو محتبسا بالشاطئ فعلى اقرب القرى اى لو كان
القتيل محتبسا في شاطئ النهر فعلى اقرب القرى من ذلك الموضع لان الشط في ايديهم يستقون منه ويوردون
دوابهم فكانوا اخص بنصرته من غيرهم فيكون ضمان المحتبس فيه عليهم لانه كالموضوع بالشط قال رحمه الله
ودعوى الولي على واحد من غير اهل المحلة تسقط القسامة عنهم وعلى معين منهم لا وقد ذكرناه مع
تشعبه والاختلاف فيه والقياس والاستحسان فيه فلا نعيده قال رحمه الله وان التقى قوم بالسيوف فاجلوا
عن قتيل فعلى اهل المحلة الا ان يدعي الولي على اولئك او على معين منهم لان القتيل بين اظهرهم والحفظ
عليهم فتكون القسامة والدية عليهم الا اذا ابرأهم الولي بدعوى القتل على اولئك كلهم او على واحد
منهم بعينه غير اهل المحلة ولا يثبت على المدعى عليه الا بحجة على ما بينا وقوله او على معين منهم ان اريد
الواحد من اهل المحلة يستقيم على قول ابي يوسف لان اهل المحلة يبرأون بدعوى الولي على واحد منهم بعينه
وهو القياس وعندهما لا يبرأون وهو استحسان وقد بيناه في اوائل الباب فلا يستقيم وان اريد به
واحد من الذين التقوا بالسيوف يستقيم بالاجماع وقال ابو جعفر في كشف الغوامض هذا اذا كان الفريقان
غير متاولين القتال عصبية وان كانوا مشركين او خوارج فلا شيء فيه ويجعل ذلك ممن اصابه العدو
قال رحمه الله وان قال المستحلف قتله زيد حلف بالله ما قتلت ولا عرفت له قاتلا غير زيد لانه لما اقر
بالقتل على واحد صار مستثنى عن اليمين وبقي حكم من سواه على حاله فيحلف عليه ولا يقبل عليه قول المستحلف

عدنا ان لو يحلف الا يحلف على العلم

انه قتله لانه يريد بذلك اسقاط الخصومة عن نفسه فلا يقبل ويحلف على ما ذكرنا وفي النهاية هذا قول
محمد رحمه الله واما على قول ابي يوسف فلو يحلف على العلم لانه قد عرف القاتل واعترف به فلا حاجة اليه ومحمد رحمه الله
يقول يجوز ان له قاتلا اخر معه **قال رح** وبطل شهادة بعض اهل المحلة على غيرهم او واحد منهم وهذا
عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا تقبل شهادتهم اذا شهدوا على رجل من غيرهم لان الولي لما ادعى القتل على غيرهم
تبين انهم ليسوا خصما غاية الامر انهم كانوا بعرضية ان يصيروا خصما وقد بطل ذلك بما ذكرنا فلا يمتنع
من قبول الشهادة كالوكيل بالخصومة اذا عزل قبل الخصومة وله انهم خصما بانزالهم قاتلين للتقصير
الصادر منهم فلا تقبل شهادتهم وان خرجوا من الخصومة كالوصي اذا خرج من الوصاية بعد ما قبلها
ثم شهد لا تقبل شهادته والحاصل ان من صار خصما في حادثة لا تقبل شهادته فيها ومن كان بعرضية ان
يصير خصما ولم ينتصب خصما بعد تقبل شهادته وهذان الاصلان متفق عليهما غير انهما يجعلان
اهل المحلة ممن له عرضية ان يصير خصما وهو يجعلهم ممن انتصب خصما وعلى هذين الاصلين يتخرج
كثير من المسائل فمن جنس الاول الوكيل بالخصومة اذا خاصم عند الحاكم ثم عزل لا تقبل شهادته والشفيع
اذا طلب الشفعة ثم تركها لا تقبل شهادته بالبيع ومن جنس الثاني ان الوكيل اذا لم يخاصم والشفيع اذا لم
يطلب وشهدا تقبل شهادتهما ولو ادعى الولي على رجل بعينه من اهل المحلة فشهد شاهدان من اهلها عليه
لم تقبل شهادتهما عليه لان الخصومة قائمة مقام الكل والشاهد يقطعها عن نفسه فكان متهما الا في رواية
عن ابي يوسف ذكرناها من قبل ولو وجد الرجل قتيلا في دار نفسه فديته على عاقلته ورثته عند ابي حنيفة
وقالا لا شيء فيه لان الدار في يده حين وجد الجرح فيكون كانه قتل نفسه فيكون هدرا وله ان القسامة
انما تجب بناء على ظهور القتل في ملكه ولهذا لا يدخل في الدية من مات قبل ذلك وحال ظهور القتل الدار
للورثة فتجب على عاقلتهم بخلاف المكاتب اذا وجد قتيلا في دار نفسه لان الدار في ملكه حكما وقت ظهور القتل
فصار كانه قتل نفسه فهدر دمه وهذا لان ملكه باعتبار عقد الكتابة وهو باق بعد موته فيبقى ملكه
كذلك ولو ان رجلين كانا في بيت ليس معهما ثالث ووجد احدهما مذبوحا قال ابو يوسف يضمن الاخر الدية
وقال محمد لا يضمن لانه يحتمل انه قتل نفسه ويحتمل انه قتله الاخر فلا يضمن بالشك ولابي يوسف ان الظاهر
ان الانسان لا يقتل نفسه فكان توهم ذلك ساقطا فصار كما اذا وجد في محلة ولو وجد قتيل في قرية لامراة
فعند ابي حنيفة ومحمد القسامة عليها وتكرر عليها الايمان والدية على عاقلتها وقال ابو يوسف القسامة ايضا على
العاقلة لان القسامة لا تجب الا على من كان من اهل النصرة وهي ليست من اهلها فاشبهت الصبي ولهما ان القسامة
لنفي التهمة وتهمة القتل من المراة متحققة ثم قال المتاخرون من اصحابنا ان المراة تدخل مع العاقلة في
التحمل لانا انزلناها قاتلة فتشارك العاقلة فتجب عليها وهو اختيار الطحاوي وهو الاصح فيها وفيما اذا
باشرت القتل بنفسها ومن جرح في قبيلة فنقل الى اهله ومات من تلك الجراحة فان كان صاحب فراش حتى مات
فالدية والقسامة على تلك القبيلة عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف لا ضمان فيه ولا قسامة لان ما
حصل في تلك القبيلة ما دون النفس فلا قسامة فيه وصار كما اذا لم يكن صاحب فراش وله ان الجرح
اذا اتصل به الموت صار قتلا ولهذا وجب القصاص في العمد والدية في الخطاء فان لم يزل صاحب فراش
اضيف الموت اليه والا فلا لانه يحتمل ان يكون الموت من غير الجرح فلا يلزم بالشك ولو ان رجلا معه
جريح به رمق تحمله انسان الى اهله فمكث يوما او يومين ثم مات لم يضمن الذي حمله في قول ابي يوسف
وفي قياس قول ابي حنيفة يضمن لان يده بمنزلة المحلة فوجوده جريحا في يده كوجوده جريحا في المحلة كذا
في الهداية ولو وجد قتيل في ارض موقوفة او دار موقوفة على ارباب معلومة فالقسامة والدية على اربابها
لان تدبيره اليهم وان كانت موقوفة على المسجد فهو كما لو وجد في المسجد وقد ذكرنا حكمه ولو وجد في معسكر

ق حاصله ان من كان خصما في حادثة لا تقبل شهادته فيها

ق وجد قتيل في ارض امراة

ق وجد قتيل في ارض موقوفة

قوله ولو بها اي الدية بدليل انها لا تملك الا بالقبض ويعتبر الحول في ايجاب الزكوة
بعد القبض ولا تنفع الكفالة بها فصار كان الجاني يجب مالا ابتداء فيكون
صلة وهي من الاقارب اولى شاهي

نزلوا في فلاة مباحة ليست بمملوكة لاحد فان وجد في خيمة او فسطاط فالقسامة والدية على من يسكنها
لانها في يده كما في الدار وان كان خارجا منها ينظر فان كانوا قبائل متفرقين فعلى القبيلة التي وجد فيها القتيل
لانهم لما نزلوا قبائل قبائل في اماكن مختلفة صارت الامكنة بمنزلة المحال المختلفة في المصر الا ترى انه ليس
لغيرهم ان يزعجهم عن ذلك المكان ولو وجد بين القبيلتين فعلى اقربهما وان استويا فعليهما كما اذا وجد
بين القريتين او المحلتين وقال في الهداية اذا كان خارجا من الفسطاط فعلى اقرب الاخبية اعتبارا لليد
عند انعدام الملك وان كانوا نزلوا جملة مختلطين فعلى اهل العسكر كلهم لانهم لما نزلوا جملة صارت الامكنة
كلها بمنزلة محلة واحدة فتكون منسوبة اليهم كلهم فتجب غرامة ما وجد خارج الخيام عليهم كلهم وان كان
الارض مالك يجب على المالك بالاجماع لانهم سكان فلا يزاحمون المالك في القسامة والدية وهذا عندهما
ظاهر والفرق لابي يوسف بينه وبين المحلة او الدار ان العسكر نزلوا فيه للانتقال والارتحال لا للقرار فلا
يعتبر الا الضرورة بخلاف الدار والمحلة فانهم يسكنوا فيه للقرار فلا بد من اعتباره وان كانوا لقوا قوما
فلا قسامة ولا دية لان الظاهر انه قتيلهم

كتاب المعاقل قال رحمه الله

اي المعاقل جمع معقلة بالضم والمعقلة الدية وتسمى عقلا لانها تعقل الدماء
من ان تسفك اي تمسكه يقال عقل البعير عقلا شده بالعقال ومنه العقل لانه يمنعه من القبائح **قال رحمه الله**
كل دية وجبت بنفس القتل على العاقلة والعاقلة الجماعة الذين يعقلونه العقل وهو الدية يقال عقلت
القتيل اي اعطيت ديته وعقلت عن القاتل اي اديت عنه ما لزمه من الدية وقد ذكر الدية وانواعها في كتاب
الديات واما وجوبها على العاقلة فالاصل فيه ما صح عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قضى بدية المراة المقتولة
ودية جنينها على عصبة القاتلة فقال اب القاتلة المقضي عليه يا رسول الله كيف اغرم من لا صاح ولا استهل
ولا شرب ولا اكل فمثل ذلك بطل فقال عليه السلام هذا من الكهان ولان النفس محترمة فلا وجه الى اهدارها ولا
ايجاب العقوبة على المخطي لانه معذور مرفوع عنه الخطاء وفي ايجاب الكل عليه عقوبة لما فيه من اجحافه
واستيصاله فيضم اليه العاقلة تحقيقا للتخفيف وانما كانوا اخص بالضم اليه لانه انما يقصر في الاحتراز
لقوة فيه لان الغالب ان الانسان انما لا يحترز في افعاله اذا كان قويا فكانه لا يبالي باحد وتلك القوة تحصل
بالنصار غالبا وهم اخطاوا بنصرتهم له لانها سبب للاقدام على التعدي فقصروا بها عن حفظه فكانوا اولى
بالضم اليه وقوله وكل دية وجبت بنفس القتل يحترز به عما ينقلب مالا بالصلح او بالشبهة لان الفعل
العمد يوجب العقوبة فلا يستحق التخفيف فلا تحمل عنه العاقلة **قال رحمه الله** وهي اهل الديوان ان كان القاتل
منهم يوخذ من عطاياهم في ثلث سنين واهل الديوان اهل الرايات وهم الجيش الذين كتبت اساميهم في
الديوان وهذا عندنا وقال الشافعي على اهل العشيرة لما روينا وكان كذلك الى ايام عمر رضي الله عنه ولا نسخ
بعد النبي صلى الله عليه وسلم ولانها صلة فالاقارب اولى بها كالارث والنفقات ولنا قضية عمر رضي الله عنه
فانه لما دون الدواوين جعل الدية على اهل الديوان بمحضر من الصحابة من غير نكير منهم وذلك ليس بنسخ بل هو
تقرير معنى لان العقل كان على اهل النصرة وقد كانت بانواع بالحلف والولاء والعد وهو ان يعد الرجل من قبيلة
وفي عهد عمر رضي الله عنه قد صارت بالديوان فجعلها على اهله اتباعا للمعنى ولهذا قالوا لو كان اليوم قوم يتناصرون
بالحرف فعاقلتهم اهل الحرفة وان كانوا بالحلف فاهله والدية صلة كما قال لكن ايجابها فيما هو صلة وهو العطاء
اولى من ايجابها في اصول اموالهم لانه اخف وما حملت العاقلة الا للتخفيف والتقدير بثلث سنين مروي
عن النبي صلى الله عليه وسلم ومحكي عن عمر رضي الله عنه ولان الاخذ من العطاء للتخفيف وهو يخرج في كل سنة مرة واحدة
قال رحمه الله فان خرجت العطايا في اكثر من ثلث او اقل اخذ منها لحصول المقصود والتخفيف وقد حصل وهذا
اذا كانت العطايا السنين المستقبلة بعد القضاء حتى لو اجتمعت في السنين الماضية قبل القضاء بالدية ثم خرجت

نزلوا صح

كقتيل بين القريتين والمحلتين

قوله في الديوان الجريدة من دون الكتب اذا جمعها
لانه قطع من القراطيس مجموعة ... رضي الله عنه اول من دون الدواوين في العرب اي رتب الجرائد للولاة والقضاة ويقال فلان من اهل
الديوان اي ممن اثبت اسمه في الجريدة

بعد القضاء لا يؤخذ منها لأن الوجوب بالقضاء ولو خرجت عطايا ثلاث سنين مستقبلة في سنة واحدة يؤخذ
منها كل الدية لأنها بعد الوجوب إذ الوجوب بالقضاء وقد حصل المقصود بذلك وهو التخفيف وإذا كان
الواجب ثلث الدية أو أقل يجب في سنة وإذا كان أكثر منه يجب في سنتين إلى تمام الثلثين ثم إذا كان أكثر منه
إلى تمام الدية يجب في ثلاث سنين لأن جميع الدية في ثلاث سنين فيكون كل ثلث في سنة ضرورة والواجب
على القاتل كالواجب على العاقلة حتى يجب في ثلاث سنين وذلك مثل الأب إذا قتل ابنه عمدا أو انقلب القصاص
بالشبهة مالا وقال الشافعي رحمه الله ما وجب على القاتل في ماله يكون حالا لأن التأجيل للتخفيف لتحمل العاقلة
فلا يلحق به العمد المحض ولنا أن القياس يأبى إيجاب المال بمقابلة النفس لعدم المماثلة بين النفس والمال
والشرع ورد به إذا كان خطأ فلا نتعداه فيجب مؤجلا ولو قتل عشرة رجلا واحدا خطأ فعلى عاقلة كل واحد منهم
عشر الدية في ثلاث سنين اعتبارا للجزء بالكل وهو بدل النفس فيؤجل كل جزء من أجزائه ثلاثة وأول المدة
تعتبر من وقت القضاء بالدية لأن الواجب الأصلي هو المثل والتحول إلى القيمة بالقضاء فيعتبر ابتداء المدة من
وقته ونظيره ولد المغرور فإن قيمته لا تجب قبل القضاء وإنما تجب بالقضاء فتعتبر قيمته في ذلك الوقت قال رحمه الله
وإن لم يكن ديوانيا فعاقلته قبيلته لما روينا ولأن نصرته بهم وهي المعتبرة في الباب قال رحمه الله وتقسم عليهم
في ثلاث سنين لا يؤخذ من كل في كل سنة إلا درهم أو درهم وثلث ولم يزد على كل واحد من كل الدية في ثلاث سنين
على أربعة وذكر القدوري لا يزاد الواحد على أربعة دراهم في كل سنة وينتقص منها والأول أصح فإن محمدا رحمه الله
نص على أنه لا يزاد على كل واحد من جميع الدية في ثلاث سنين على ثلاثة أو أربعة فلا يؤخذ من كل واحد في كل
سنة إلا درهم أو درهم وثلث كما ذكرنا لأن معنى التخفيف مراعى فيه ولو أخذ منه في كل سنة أربعة يكون في
ثلاث سنين اثنا عشر درهما فيخرج من حد التخفيف لبلوغه حد الجزية قال رحمه الله فإن لم تتسع القبيلة لذلك ضم
إليهم أقرب القبائل نسبا على ترتيب العصبات ليتحقق معنى التخفيف واختلفوا في آباء القاتل وأبنائه قيل
يدخلون لقربهم وقيل لا يدخلون لأن الضم لنفي الحرج حتى لا يصيب كل واحد أكثر من أربعة وهذا المعنى إنما يتحقق
عند الكثرة والآباء والأبناء لا يكثرون قالوا هذا في حق العرب لأنهم حفظوا أنسابهم فأمكن إيجابه على أقرب
القبائل وأما العجم فقد ضيعوا أنسابهم فلا يمكن ذلك في حقهم فإن لم يمكن فقد اختلفوا فقال بعضهم يعتبر
المحال والقرى الأقرب فالأقرب وقال بعضهم يجب الباقي في ملك الجاني وعلى هذا حكم الرايات إذا لم تتسع لذلك
أهل راية ضم إليهم أقرب الرايات أي أقربهم نصرة إذا حزبهم أمر الأقرب فالأقرب ويفوض ذلك إلى الإمام لأنه
هو العالم به وهذا كله عندنا وعند الشافعي رحمه الله يجب على كل واحد نصف دينار فيسوى بين الكل لأنه صلة
فتعتبر بالزكاة وأدناها ذلك إذ خمسة دراهم عندهم نصف دينار ولكنا نقول هي أحط رتبة من الزكاة
ألا ترى أنه لا يؤخذ من أصل المال فينتقص منها تحقيقا لزيادة التخفيف ولو كانت عاقلته أصحاب الرزق يقضى
بالدية في أرزاقهم في ثلاث سنين في كل سنة الثلث لأن الرزق في حقهم بمنزلة العطايا فأقيم مقامها إذ كل
منهما صلة من بيت المال ثم ينظر إن كانت أرزاقهم تخرج في كل سنة يؤخذ كلما خرج رزق ثلث الدية بمنزلة
العطايا وإن كان يخرج في كل ستة أشهر يؤخذ منه سدس الدية وإن كانت تخرج في كل شهر فحصته وإن
كانت لهم أعطية في كل سنة وأرزاق في كل شهر فرضت الدية في الأعطية دون الأرزاق لأن الأخذ
من الأعطية أصل ومن الأرزاق خلف فلا يعتبر الخلف مع الأصل ولأن الأخذ من الأعطية أيسر لهم والأخذ من
الأرزاق يؤدي إلى الإضرار بهم إذ الأرزاق لكفاية الوقت ويتضررون بالأداء منه والأعطية ليكونوا
مؤتلفين في الديوان قائمين بالنصرة فيتيسر عليهم الأداء منه قال رحمه الله والقاتل كأحدهم أي كواحد
من العاقلة لأنه هو القاتل فلا معنى لإخراجه ومؤاخذة غيره به وقال الشافعي رحمه الله لا يجب على القاتل شيء
من الدية لأنه معذور ولهذا لا يجب عليه الكل فكذا البعض إذ الجزء لا يخالف الكل قلنا إيجاب الكل إجحاف به

ولا كذلك إيجاب البعض ولأنها تجب للنصرة وهو ينصر نفسه مثل ما ينصره غيره بل أشد فكان أولى بالإيجاب
عليه فإذا كان المخطئ معذورا فالبريء منه أولى قال الله تعالى ولا تزر وازرة وزر أخرى وعلى هذا وجوب الكل لا
ينفي وجوب البعض ألا ترى أن كل واحد من العواقل لا يجب عليه الكل ومع هذا يجب عليه البعض وبطل بذلك
اعتبار الجزء بالكل بالحل قال رحمه الله وعاقلة المعتق قبيلة مولاه لأن نصرته بهم واسمه ينبئ عنها ويؤيد ذلك قوله
عليه السلام مولى القوم منهم قال رحمه الله ويعقل عن مولى الموالاة مولاه وقبيلته ومولى الموالاة هو الحالف فيعقل
عنه مولاه الذي عاقده لأن العرب تتناصر به فأشبه ولاء العتاقة وفيه خلاف الشافعي وقد ذكرناه في الولاء
قال رحمه الله ولا تعقل عاقلة جناية العبد والعمد ولا ما لزم بالصلح ولا اعترافا لما روينا ولأنه لا يتناصر
بالعبد والإقرار والصلح لا يلزمان العاقلة شيئا لقصور ولايته عنهم قال رحمه الله إلا أن يصدقوه في الإقرار
لأن التصديق إقرار منهم فيلزمهم بإقرارهم لأن لهم ولاية على أنفسهم والامتناع كان لحقهم وقد زال أو تقوم
البينة لأن ما ثبت بالبينة كالمشاهد لأنها كاسمها مبينة وتقبل البينة هنا مع الإقرار وإن كانت لا تعتبر
معه لأنها تثبت ما ليس بثابت بإقرار المدعى عليه وهو الوجوب على العاقلة ثم ما ثبت بالإقرار يجب مؤجلا
وما ثبت بالصلح حالا إلا إذا شرط التأجيل في الصلح وقد عرف في موضعه ولو أقر بالقتل خطأ ولم يرفعوا
إلى الحاكم إلا بعد سنين فقضي عليه بالدية في ماله في ثلاث سنين كان أول المدة من يوم يقضى عليه لأن التأجيل
من وقت القضاء في الثابت بالبينة فكذا في الثابت بالإقرار بل أولى لأنه أضعف ولو تصادق القاتل وأولياء
المقتول على أن قاضي بلد كذا قضى بالدية على عاقلته بالبينة وكذبهما العاقلة فلا شيء على العاقلة لأن
تصادقهما لا يكون حجة عليهم ولم يكن عليه شيء في ماله لأن الدية بتصادقهما تقررت على العاقلة بالقضاء
وتصادقهما حجة في حقهما فلا يلزمه إلا حصته بخلاف الأول حيث يجب جميع الدية على المقر لأنه لم يوجد التصديق
من الولي بالقضاء بالدية على العاقلة وقد وجد هنا فافترقا قال رحمه الله وإن جنى حر على عبد خطأ فهي على عاقلته
يعني إذا قتله لأن العاقلة لا تتحمل أطراف العبد وقال الشافعي لا تتحمل النفس أيضا بل تجب في مال القاتل لأنه
بدل المال وفي الحديث لا تعقل العاقلة عمدا ولا عبدا ولنا أنه آدمي فتتحمله العاقلة كالحر وهذا لأن ما
يجب بقتله دية وهي بدل الآدمي لا المال على ما بيناه من قبل فكانت على العاقلة بخلاف ما دون النفس لأنه
يسلك به مسلك الأموال والمراد بالحديث جنايته أي لا تعقل العاقلة جناية عمد ولا جناية عبد ونحن نقول
به لأن جنايته توجب دفعه إلا أن يفديه المولى قال أصحابنا رحمهم الله تعالى ليس على النساء والذرية
ممن له حظ في الديوان عقل لقول عمر رضي الله عنه لا يعقل مع العواقل صبي ولا امرأة ولأن العقل إنما يجب على أهل
النصرة لتركهم مراقبته والناس لا يتناصرون بالصبيان والنساء ولهذا لا يوضع عليهم ما هو خلف عن
النصرة وهو الجزية وعلى هذا لو كان القاتل صبيا أو امرأة لا شيء عليهما من الدية بخلاف الرجل لأن وجوب جزء
من الدية على القاتل باعتبار أنه أحد العواقل لأنه ينصر نفسه وهذا لا يوجد فيهما والفرض لهما من العطاء
للمعونة لا للنصرة كفرض أزواج النبي صلى الله عليه وسلم كذا في الهداية وهذا أصح فيما قتله غيرهما وأما إذا باشرا
القتل بأنفسهما فالصحيح أنهما يشاركان العاقلة وكذا المجنون إذا قتل فالصحيح أنه يكون كواحد من العاقلة
ولا يعقل أهل مصر عن أهل مصر آخر إذا كان لأهل كل مصر ديوان على حدة لأن التناصر بالديوان عند وجوده
ولو كان باعتبار القرب في السكنى فأهل مصره أقرب إليه من أهل مصر آخر ويعقل أهل مصر عن أهل سوادهم
ونحوهم اتباع لأهل المصر لأنهم إذا حزبهم أمر استنصروا بهم فيعقلهم أهل المصر باعتبار معنى القرب والنصرة
ومن كان منزله بالبصرة وديوانه بالكوفة عقل عنه أهل الكوفة لأنه يستنصر بأهل ديوانه لا بجيرانه
والحاصل أن الاستنصار بالديوان أظهر فلا يظهر معه حكم النصرة بالقرابة والولاء وقرب السكنى والعد
والحلف وبعد الديوان النصرة بالنسب على ما بينا وعلى هذا يخرج كثير من مسائل المعاقل منها أخوان ديوان

قيل هو الصحيح هداية

احدهما بالبصرة وديوان الاخر بالكوفة لا يعقل احدهما عن صاحبه وانما يعقل عنه اهل ديوانه ومن جنى جناية
من اهل البصرة وليس له في اهل الديوان عطاء واهل البادية اقرب اليه نسبا ومسكنه المصر عقل عنه اهل الديوان
من ذلك المصر ولم يشترط ان يكون بينه وبين اهل الديوان قرابة لان اهل الديوان هم الذين يذبون عن
اهل المصر ويقومون بنصرتهم ويدفعون عنهم ولا يخصون بالنصرة اهل العطاء فقط بل ينصرون اهل المصر
كلهم وقيل اذا لم يكونوا اقرباء له لا يعقلونه وانما يعقلونه اذا كانوا اقرباء له وله في البادية اقرب منهم نسبا
لان الوجوب بحكم القرابة واهل المصر اقرب منهم مكانا فكانت القدرة على النصرة لهم وصار نظير مسئلة الغيبة
المنقطعة في الانكاح ولو ان البدوي نازل في المصر لا مسكن له فيه لا يعقله اهل المصر لان اهل العطاء لا
ينصرون من لا مسكن له فيه كما ان اهل البادية لا يعقلون على اهل المصر النازل فيهم لانهم لا يستنصرون بهم
وان كان لاهل الذمة عواقل معروفة يتعاقلون بها فقتل احدهم قتيلا فديته على عاقلته بمنزلة المسلم لانهم
التزموا احكام الاسلام في المعاملات لا سيما في المعاني العاصمة عن الاضرار ومعنى التناصر موجود في حقهم
وان لم يكن لهم عاقلة معروفة فديته في ماله في ثلاث سنين من يوم يقضى بها عليه كما في حق المسلم لما بينا
ان الوجوب على القاتل وانما يتحول عنه الى العاقلة ان لو وجدت فاذا لم توجد بقي عليه بمنزلة مسلمين تاجرين
في دار الحرب قتل احدهما صاحبه يقضى بالدية في ماله لان اهل دار الاسلام لا يعقلون عنه لان تمكنه
من القتل ليس بنصرتهم ولا يعقل كافر عن مسلم ولا مسلم عن كافر لعدم التناصر والكفار يتعاقلون فيما بينهم
وان اختلفت مللهم لان الكفر كله ملة واحدة قالوا هذا اذا لم يكن المعاداة بينهم ظاهرة اما اذا كانت ظاهرة
كاليهود والنصارى ينبغي ان لا يعقل بعضهم بعضا وهذا عند ابي يوسف لانقطاع التناصر بينهم ولو كان القاتل
من اهل الكوفة وله بها عطاء وحول ديوانه الى البصرة ثم رفع الى القاضي فانه يقضي بالدية على عاقلته من
اهل البصرة وقال زفر يقضي على عاقلته من الكوفة وهو رواية عن ابي يوسف لان الموجب هو الجناية وقد تحققت
وعاقلته اهل الكوفة فصار كما اذا حول بعد القضاء ولنا ان الدية انما تجب بالقضاء على ما ذكرنا ان الواجب
هو المثل وبالقضاء ينتقل الى المال وكذا الوجوب على القاتل وتحمل عنه العاقلة فاذا كان كذلك يتحمل عنه من
يكون عاقلته عند القضاء بخلاف ما اذا حول بعد القضاء لان الوجوب قد تقرر بالقضاء فلا ينتقل بعد ذلك
لكن حصة القاتل تؤخذ من عطاياه بالبصرة لانها تؤخذ من العطاء وعطاؤه بالبصرة بخلاف ما اذا قلت العاقلة
بعد القضاء عليهم حيث يضم اليهم اقرب القبائل في النسب لان في النقل ابطال الحكم الاول فلا يجوز بحال وفي الضم
تكثير المتحملين فيما قضى به عليهم فكان فيه تقرير الحكم الاول لا ابطاله وعلى هذا لو كان القاتل مسكنه بالكوفة
وليس له عطاء فلم يقض عليه حتى استوطن البصرة قضي على اهل البصرة بالدية ولو كان قضي بها على اهل الكوفة
لم ينتقل عنهم وكذا البدوي اذا الحق بالديوان بعد القتل قبل قضاء القاضي يقضي بالدية على اهل الديوان
وبعد القضاء على عاقلته بالبادية لا يتحول عنهم بخلاف ما اذا كان قوم من اهل البادية قضي عليهم بالدية
في اموالهم في ثلاث سنين ثم جعلهم الامام في العطاء حيث تصير الدية في عطاياهم ولو كان قضي بها في اول
مرة لانه ليس فيه نقض القضاء الاول لانه قضى بها في اموالهم وعطاؤهم اموالهم غير ان الدية تقضى من
ايسر الاموال اداء والاداء من العطاء ايسر اذا صاروا من اهل العطاء الا اذا لم يكن مال العطاء من جنس ما
قضي به عليهم بان كان القضاء بالابل والعطاء دراهم فحينئذ لا يتحول الى الدراهم ابدا لما فيه من ابطال القضاء
الاول لكن يقضى الابل من مال العطاء بان يشترى به لانه ايسر قال [illegible] القاتل اذا لم يكن
له عاقلة فالدية في بيت المال اذا كان القاتل مسلما لان جماعة المسلمين هم اهل نصرته [illegible]
بذلك ولهذا اذا مات كان ميراثه لبيت المال فكذا ما يلزمه من الغرامة يلزم بيت المال وعن ابي حنيفة
رواية شاذة انها تجب في ماله ووجهها ان الاصل ان الدية تجب على الجاني وهو القاتل لانه بدل المتلف و[illegible]

يعقله اهل الديوان

ابن الملاعن يعقل عاقلة الام

منه الا ان العاقلة تتحملها تحقيقا للتخفيف على ما عرف فاذا لم يكن له عاقلة عاد الحكم الى الاصل وابن الملاعنة
يعقله عاقلة امه لان نسبه ثابت منها دون الاب فاذا عقلوا عنه ثم ادعاه الاب رجعت عاقلة الام بما
ادت على عاقلة الاب في ثلاث سنين من يوم قضى لهم بالرجوع عليهم لانه تبين ان الدية كانت واجبة عليهم
لانه بالاكذاب ظهر ان النسب كان ثابتا من الاب حيث بطل اللعان بالاكذاب ومتى ظهر ان النسب كان ثابتا منه
من الاصل فقوم الام تحملوا ما كان واجبا على قوم الاب فيرجعون بها عليهم لانهم مضطرون في ذلك وكذا اذا
مات المكاتب عن وفاء وله ولد حر فلم تؤد كتابته حتى جنى ابنه وعقل عنه قوم امه ثم اديت الكتابة
يرجع عاقلة الام على عاقلة الاب لانه عند اداء بدل الكتابة يتحول ولاؤه الى قوم ابيه من وقت ثبتت الحرية
للاب وهو اخر جزء من اجزاء حياته فتبين ان قوم الام عقلوا عنهم فيرجعون عليهم وكذلك رجل امر صبيا
بقتل رجل فقتله فضمنت عاقلة الصبي الدية رجعت بها على عاقلة الامر ان كان الامر ثبت بالبينة وفي
مال الامر ان كان ثبت باقراره في ثلث سنين من يوم يقضى بها على الامر او على عاقلته لان الدية تجب مؤجلة
بطريق التيسير عليهم فكذا الرجوع بها تحقيقا للمماثلة ثم مسائل المعاقل من هذا الجنس كثيرة واجوبتها
مختلفة والضابط الذي يرد كل جنس الى اصله ان يقال ان حال القاتل ان تبدل حكما بسبب حادث فانتقل
ولاؤه الى ولاء اخر لم تنتقل جنايته عن الاولى قضي بها او لم يقض وذلك كالولد المولود بين حرة وعبد اذا جنى
ثم اعتق الاب جر ولاء الولد الى قومه ولا تتحول الجناية عن عاقلة الام قضي بها او لم يقض وكذا لو حفر
هذا الغلام بئرا ثم اعتق ابوه ثم وقع فيها انسان يقضى بالدية على عاقلة الام لان العبرة بحالة الحفر الا ترى
ان العبد لو حفر بئرا في الطريق فباعه مولاه ثم وقع فيها انسان فالضمان على البائع ولو اعتقه مولاه بعد الحفر
ولم يبعه ثم وقع فيها انسان كان الضمان على المولى لما ذكرنا ومن نظيره حربي اسلم ووالى رجلا فجنى ثم
اعتق ابوه جر ولاءه لان ولاء العتاقة اقوى ويعد جنايته على عاقلة من والاه لان العبرة لوقت الجناية وتحول
الولاء بسبب حادث فلا يعتبر في حق تلك الجناية فلا يتبدل وان لم يتبدل حال القاتل ولكن ظهرت
حالة خفية فيه تحولت الجناية الى الاخرى وقع القضاء بها او لم يقع وذلك مثل دعوة ولد الملاعنة وولد
المكاتب اذا مات المكاتب عن وفاء وامر الرجل الصبي بالجناية ولو لم يتبدل حال الجاني ولم يظهر فيه الحالة
الخفية ولكن العاقلة تبدلت كان الاعتبار في ذلك لوقت القضاء لا غير فاذا قضى بها على الاولى لم تنتقل
الى الثانية والا قضى بها على الثانية وذلك مثل ان يكون من ديوان اهل الكوفة ثم جعل من ديوان اهل البصرة
وان لم يكن فيه شيء مما ذكرنا ولكن لحق العاقلة زيادة او نقصان اشتركوا في حكم الجناية قبل القضاء وبعده
الا فيما سبق اداؤه فمن احكم هذا الاصل وتامل فيه امكنه تخريج المسائل جميعها كلها الواقعة من النظائر
والاضداد الى اصلها والله الهادي الى الرشاد

كتاب الوصايا

الايصاء لغة طلب شيء من غيره ليفعله على غيب منه حال حياته وبعد وفاته وفي الشرع ما ذكره في المختصر
فقال رحمه الله الوصية تمليك مضاف الى ما بعد الموت يعني بطريق التبرع سواء كان عينا او منفعة قال رحمه الله
وهي مستحبة اي الوصية مستحبة هذا اذا لم يكن عليه حق مستحق لله تعالى وان كان عليه حق مستحق لله تعالى كالزكاة
او الصوم او الحج او الصلاة التي فرط فيها فهي واجبة والقياس يابى جوازها لانها تمليك مضاف الى حال زوال
الملك ولو اضافه الى حال قيامه بان قال ملكتك غدا كان باطلا فهذا اولى الا ان الشارع اجازها لحاجة
الناس اليها لان الانسان مغرور بامله مقصر في عمله فاذا عرض له عارض وخاف الهلاك يحتاج الى تلافي
ما فاته من التقصير بماله على وجه لو تحقق ما كان يخافه يحصل مقصوده المالي ولو اتسع الوقت واحوجه
الى الانتفاع به صرفه في حاجته الحالي فشرعها الشارع تمكينا منه جل وعلا من العمل الصالح وقضاء
لحاجته عند احتياجه الى تحصيل المصالح ومثله الاجارة لا تجوز قياسا لما فيها من اضافة تمليك المنافع

الى ما يستقبل من الزمان واجازها الشارع للضرورة وقد يبقى الملك بعد الموت باعتبار الحاجة كما بقي في حق التجهيز
والدين وقد نطق بها الكتاب وهو قوله تعالى من بعد وصية يوصى بها او دين والسنة وهو قوله عليه السلم ان الله
تصدق عليكم بثلث اموالكم عند وفاتكم زيادة في حسناتكم ليجعلها لكم زيادة في اعمالكم وعليه اجماع الامة
ثم تصح الوصية للاجنبي بالثلث من غير اجازة الوارث ولا يجوز بما زاد على الثلث لما روى عن سعد بن ابي وقاص
رضي الله عنه انه قال جاءني رسول الله صلى الله عليه وسلم يعودني من وجع اشتكيه فقلت يا رسول الله قد بلغ بي
من الوجع ما ترى وانا ذو مال ولا يرثني الا ابنة لي افاتصدق بثلثي مالي قال لا قلت فالشطر يا رسول الله
قال لا قلت فالثلث قال الثلث والثلث كثير او كبير انك ان تذر ورثتك اغنياء خير من ان تدعهم عالة يتكففون
الناس ولان حق الورثة تعلق بماله لانعقاد سبب الزوال اليهم وهو استغناؤه عن المال الا ان الشرع لم يظهره
في حق الاجانب بقدر الثلث ليتدارك تقصيره واظهره في حق الورثة لان الظاهر انه لا يتصدق عليهم تحرزا عما
يتفق لهم من التاذي بالايثار وقد جاء في الحديث انه عليه السلم قال الحيف في الوصية من اكبر الكبائر
وفسروه بالزيادة على الثلث وبالوصية للورثة قال رحمه الله ولا تصح بما زاد على الثلث ولا للقاتل ولوارثه
ان لم تجز الورثة اما الاول فلما بينا واما الثاني فلقوله عليه السلم لا وصية لقاتل وهو باطلاقه يتناول
القاتل مباشرة عمدا كان او خطاء بخلاف التسبب لان التسبب ليس بقتل حقيقة فلا يتناوله ولانه استعجل
ما اخره الله فيحرم الوصية كالميراث سواء اوصى له قبل القتل ثم قتله او اوصى له بعد الجرح لاطلاق ما روينا
واما الثالث فلقوله عليه السلم ان الله اعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث ولان البعض يتاذى بايثار البعض
ففي تجويزه قطيعة الرحم لانه حيف بالحديث الذي رويناه ويعتبر كونه وارثا او غير وارث وقت الموت
لا وقت الوصية لانه تمليك مضاف الى ما بعد الموت فيعتبر وقت التملك حتى لو اوصى لاخيه وهو وارث
ثم ولد له ابن صحت الوصية للاخ وعكسه لو اوصى لاخيه وله ابن ثم مات الابن قبل موت الموصي بطلت
الوصية للاخ لما ذكرنا والهبة والصدقة من المريض لوارثه في هذا نظير الوصية لانه وصية حكما حتى
تعتبر من الثلث واقرار المريض للوارث على عكسه فيعتبر كونه وارثا او غير وارث عند الاقرار لانه تصرف
في الحال فيعتبر حاله في ذلك الوقت حتى لو اقر لشخص وهو ليس بوارث له جاز الاقرار له وان صار وارثا له
بعد ذلك ولكن شرطه ان يكون وارثا بسبب حادث بعد الاقرار وهو الحرية لان الاقرار لمولاه وهو اجنبي عنه
وكذا لو اقر لاجنبية ثم تزوجها لا يبطل اقراره لها واما اذا ورث المقر له بسبب قائم عند الاقرار لا يصح كما
لو اقر لاخيه المحجوب بابنه ثم مات ابنه وقوله ان لم تجز الورثة راجع الى الثلاثة المذكورة الوصية
بما زاد على الثلث وللقاتل وللوارث لان الامتناع في الكل لحقهم فتجوز باجازتهم الا ترى الى ما يروى
عن ابن عباس انه عليه السلم قال لا تجوز وصية لوارث الا ان تشاء الورثة وعن عمرو بن شعيب عن ابيه
عن جده انه عليه السلم قال لا وصية لوارث الا ان تجيزها الورثة ويشترط ان يكون المجيز من اهل التبرع
بان يكون بالغا عاقلا وان اجاز البعض دون البعض يجوز على المجيز بقدر حصته دون غيره لولايته
على نفسه لا على غيره ولا معتبر باجازتهم في حال حياته لانها قبل ثبوت الحق لهم اذ الحق يثبت لهم بالموت
فكان لهم ان يرجعوا عن الاجازة بعد موت الموصي ويردوا تلك الاجازة لانها وقعت ساقطة لعدم
مصادفتها المحل وكل ساقط في نفسه مضمحل متلاش فكان لهم ان يردوه بعد موت المورث ولا يقال
كيف تكون تلك الاجازة ساقطة مع ثبوت حق الورثة في ماله من اول ما مرض [illegible] من التصرف
لحقهم لكن ذلك الثبوت على سبيل التوقف فاذا مات ظهر ان حقهم كان ثابتا من اول المرض وان الاجازة صادفت
محلها لاستناد حقهم الى اول المرض فصار كاجازتهم بعد موته لانا نقول الاستناد انما يظهر في حق
القائم فاجازتهم حين وقعت في حيوته وقعت باطلة وما وقع باطلا لا يكون قائما بنفسه فلا يظهر

في حقه الاستناد ولان حقيقة الملك للورثة تثبت عند الموت وقبله يثبت لهم مجرد الحق فلو استند من
كل وجه لانقلب الحق حقيقة قبل موته وهذا لا يتصور لوجود المانع وهو ملك المورث حقيقة فاذا لم
يتصور بقي حقا على حاله لا حقيقة والرضى ببطلان ذلك الحق لا يكون رضى ببطلان حقيقة الملك الذي يحدث
لهم بعد موته بخلاف ما اذا اجازوها بعد موته حيث لا يكون لهم ان يرجعوا عنه لانها وقعت بعد ثبوت
الملك حقيقة فتلزم ثم اذا صحت الاجازة بعد موته يتملكه المجاز له من قبل الموصي عندنا حتى يجبر الوارث
على التسليم ولو اعتق عبدا في مرضه ولا مال له غيره واجازت الورثة العتق كان الولاء كله للميت ولو كان
الوارث متزوجا جارية المورث ولا مال له غيرها فاوصى بها لغيره فاجاز الوارث وهو الزوج الوصية لا يبطل
نكاحه وقال الشافعي رحمه الله يملك الموصى له من جهة المجيز حتى لا يجبر على التسليم عنده ويكون له ثلثا الولاء
في مسئلة العتق ويفسد النكاح لان الميت لا حق له الا في الثلث ولهذا لا تنفذ وصيته بما زاد على الثلث ويبطلها
الوارث فيكون الزائد على الثلث ملكا للوارث حقيقة فاذا اجاز صار مملكا له من جهته ضرورة ولنا ان
الوصية صدرت من الموصي وصادفت ملكه حالا ومآلا لان جميع ماله مملوك له وقت الوصية وبعد
الموت هو باق على حكم ملكه ولهذا يبدأ بحوائجه ولا يملك الوارث الا ما فضل عن حاجته كتجهيزه وقضاء
ديونه ولا يملك ما كان مشغولا بحاجته من ماله فاذا اوصى صار مشغولا بها لكن للورثة نقضها فيما
زاد على الثلث لما فيه من ابطال حقهم فاذا اجازوا الوصية ظهر انه لم يكن منتقلا الى ملكهم وسقط حقهم
ونفذ العقد السابق كالمرتهن اذا اجاز بيع الراهن ولا يقال انه لو كان الوارث مريضا فاجاز يعتبر من
ثلثه فدل انه تمليك منه لانا نقول اسقاط الحق يعتبر من الثلث كاجازته العتق والبيع الذي فيه
محاباة وليس بتمليك من جهته فكذا هذا وثمرة الخلاف تظهر فيما ذكرنا وفي تملك الموصى له قبل القبض
وعنده لا يتملك وفي شائع يحتمل القسمة حيث تجوز الاجازة فيه عندنا وعنده لا يجوز وقال ابو يوسف الوصية
للقاتل لا تجوز باجازة الورثة لان امتناعها للجناية فهي باقية ولهما ان امتناعها لحق الورثة لان نفع
بطلانها يعود اليهم كنفع بطلان الوصية للورثة ولانهم لا يرضونها للقاتل كما لا يرضونها لاحدهم
قال رحمه الله ويوصي المسلم للذمي وبالعكس اي يجوز ان يوصي المسلم للكافر والكافر للمسلم اما الاول فلقوله تعالى لا ينهاكم
الله الاية والثاني لانهم بعقد الذمة التحقوا بالمسلمين في المعاملات ولهذا جاز التبرع المنجز في حال الحيوة
من الجانبين فكذا المضاف الى ما بعد الممات وفي الجامع الصغير الوصية لاهل الحرب باطلة لقوله تعالى انما ينهاكم
الله عن الذين قاتلوكم في الدين الاية وقال في النهاية ذكر في السير الكبير ما يدل على جواز الوصية لهم ثم قال
ووجه التوفيق انه لا ينبغي ان يوصى لهم وان فعل ثبت الملك لهم لانهم من اهل الملك والمستامن كالذمي
في حق الوصية لان له ان يملكه في حال حياته فكذا مضافا الى ما بعد مماته قال رحمه الله وقبولها بعد موته
وبطل ردها وقبولها في حيوته اي قبول الوصية بعد موت الموصي لان اوان ثبوت حكمها بعد الموت
فلا يعتبر قبوله ولا رده قبله كما لا يعتبر ان قبل عقد الوصية فصار كما اذا قال لامرأته انت طالق على الف
درهم غدا فان ردها وقبولها باطل قبل مجيء الغد لما ذكرنا وقال زفر اذا رد الوصية في حال حيوة الموصي لم يجز
قبوله بعد موته لان ايجابه كان في حيوته وقد رده فبطل والحجة عليه ما بيناه قال رحمه الله وندب النقص
من الثلث اي يستحب ان يوصي باقل من الثلث سواء كانت الورثة اغنياء او فقراء لان في التنقيص صلة القريب
بترك ماله عليهم [illegible] ما اذا استكمل الثلث لانه استوفى حقه على التمام فتفوته الصلة على القريب
[illegible] بما بقي لهم لان توصي بالخمس احب الي من ان توصي بالربع ولان
توصي بالربع احب الي من ان توصي بالثلث وترك الوصية افضل اذا كانت الورثة فقراء لا يستغنون
بما يرثون منه لما فيه من الصلة والصدقة على القريب وقد قال عليه السلم افضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح

ترك الوصية افضل اذا كان الورثة فقرا

وقال عليه السلام ان تدع ورثتك اغنيا خير ان الحديث ولان فيه رعاية الجانبين الفقر والقرابة والوصية باقل من الثلث اولى من تركها اذا كانت الورثة اغنيا او يستغنون بما لهم لانه جمع بين الصدقة على الاجنبي والهبة من القريب وقيل الاوّل اولى لانه يبتغي بها رضي الله تعالى وبالهبة رضاهم وقيل يخير لان كل واحد منهما يشتمل على فضيلة وهو الصدقة او الصلة فكان له ان يفعل احدهما ايهما شاء او يجمع بينهما

قال رحمه الله وملك بقبوله اي الموصى له يملك بالقبول وقال الشافعي رحمه الله يملك بدون القبول لانها خلافة كالميراث ولنا ان الوصية اثبات ملك جديد ولهذا لا يرد الموصى له بالعيب فلا يحتاج فيها الى القبول ولا يرد عليه به ولا يملك احد اثبات الملك بدون اختياره بخلاف الميراث لانها خلافة حتى تثبت هذه الاحكام فتثبت جبرا من الشارع من غير قبول لولايته عليه ولانه لو ثبت الملك بدون قبوله لتضرر به بان اوصى له بعبد اعمى او دنان مكسرة او بزبل مجتمع في داره فانه يجب عليه نفقة العبد ونقل المكسر والزبل تفريغا لملك الغير عن ملكه

قال رحمه الله الا ان يموت الموصى له بعد موت الموصي قبل قبوله فانه يملكه بدون القبول وهذا استحسان والقياس ان تبطل الوصية لما بينا ان احدا لا يقدر على اثبات الملك بدون اختياره فصار كموت المشتري قبل القبول بعد ايجاب البايع وجه الاستحسان ان الوصية من جانب الموصي قد تمت بموته تماما لا يلحقه الفسخ من جهته وانما يتوقف لحق الموصى له فاذا مات دخل في ملكه كما في البيع المشروط فيه الخيار للمشتري او البايع ثم مات من له الخيار قبل الاجازة وكذا اذا اوصى للجنين يدخل في ملكه من غير قبول استحسانا لعدم من يلي عليه حتى يقبل عنه

قال رحمه الله ولا تصح وصية المديون ان كان الدين محيطا بماله لان الدين مقدم على الوصية لانه اهم لكونه قضاء الوصية بغير الواجب تبرع وبالواجب وان كان فرضا لكن حق العبد مقدم وحق الشارع من الصلاة وغيره يسقط بالموت على ما عرف في موضعه فتكون الوصية به كالتبرع وقال علي رضي الله عنه انكم تقرؤن الوصية قبل الدين وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يبدا بالدين

قال رحمه الله والصبي وقال الشافعي رحمه الله تصح وصية الصبي اذا كان في وجوه الخير لان عمر رضي الله عنه اجاز وصية يافع وهو الذي راهق الحلم ولان فيه نظرا له بتحصيل التقرب الى الله تعالى ولو لم ينفذ يبقى ملكا لغيره ولا نظر له فيه وهذا لان المنع من التبرع حالة حياته للنظر له حتى ينتفع بماله وبعد الموت ينعكس النظر فينفذ ولان الوصية اخت الميراث والصبي في الارث عنه بعد موته كالبالغ فكذا في الوصية ولنا انها تبرع فلا تصح كالهبة والصدقة وهذا لان اعتبار عقله في النفع والضر باعتبار اوضاع التصرفات لا باعتبار ما يتفق بحكم الحال الا ترى ان طلاقه لا يقع وان تضمن نفعا في بعض الاحوال ولان قوله غير ملزم وتصحيح وصيته يودي الى القول بان قوله ملزم والاثر محمول على انه كان قريب العهد بالبلوغ فسمي يافعا مجازا ولهذا لم يستفسر عمر رضي الله عنه ان وصيته كانت في القرب او غيره ويحتمل ان وصيته كانت في تجهيزه وذلك جايز عندنا وهو محرز الثواب بالترك على ورثته فلا يتعين فيها النفع وكذا اذا اوصى ثم مات بعد الادراك لم تجز تلك الوصية لعدم الاهلية وقت المباشرة وكذلك اذا قال اذا ادركت فثلث مالي لفلان وصية لانه ليس باهل لقول ملزم فلا يملكه تنجيزا ولا تعليقا كما في الطلاق والعتاق بخلاف العبد والمكاتب لان اهليتهما كاملة وانما منعا لحق المولى فيصح اضافتهما الى حال سقوط حق المولى بان يقول كل واحد منهما ان اعتقت فثلث مالي وصية لفلان او المساكين

قال رحمه الله والمكاتب اي لا تصح وصية المكاتب لان الوصية تبرع وهو ليس من اهله ثم اعلم ان وصية المكاتب ثلاثة اقسام قسم باطل بالاجماع وهو الوصية بعين من اعيان ماله لانه لا ملك له حقيقة فلا ... اوصى بعتق عبد غيره ثم ملكه ولو اجازها بعد العتق جازت على ان الاجازة ... الوصية بلفظ الاجازة بخلاف ما اذا اعتق عبده ثم اجاز العتق بعد الحرية حيث لا يجوز لان العتق لا يجوز بلفظ الاجازة وقسم يجوز بالاجماع وهو ما اذا اضاف الوصية الى ما يملكه بعد العتق بان قال اذا اعتقت فثلث مالي

الوصية بلفظة الاجازة صحيحة

يعني ان قبل الموصى له الوصية بعد موت الموصي بثبت الملك له في الموصى به قبضه او لم يقبضه وان رد الموصى له الوصية ولم يقبضه برده عندنا بطلت وصيته مسكين

ط ولما كان يملك عنده بدون القبول كالارث يجب ان لا يرتد بالرد كما في الارث نهاية

صورته رجل اوصى بجميع المال لانسان ثم باع شيا من التركة ووجد المشتري به عيبا لا يرده على الموصى له بعد وفات الموصي ويرده على الوارث ولو كان كاحد الورثة يرد عليه ولو اشترى المريض شيا واوصى به لرجل ثم الموصى له وجد به عيبا لا يرده على بايع الموصي ولو اشترى المورث ومات ثم وجد الوارث به عيبا فله الرد على بايع المورث شاهان

الا ان يبرأ الغرما الدين لانه لم يبق الدين فتنفذ الوصية على الحد المشروع وهو الثلث لطاعته اليها هدايه

وصية لفلان او اوصيت بثلث مالي له حتى لو اعتق قبل الموت باداء بدل الكتابة او غيره ثم مات كان للموصى له ثلث ماله وان لم يعتق حتى مات عن وفاء بطلت الوصية لان الملك له حقيقة لم يوجد اذ لم تثبت الحرية له مطلقا وانما ثبت له بطريق الضرورة فلا تظهر في حق نفاذ الوصية وقسم مختلف فيه وهو ما اذا قال اوصيت بثلث مالي لفلان ثم اعتق فالوصية باطلة عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما جايزة وهذا بناء على ان الملك نوعان تمليك حقيقي وهو ما بعد العتق ومجازي وهو ما قبل العتق فعند ابي حنيفة رحمه الله ينصرف الى المجازي لانه هو الظاهر لان الظاهر بقاء ما كان على ما كان والاخر ليس بموجود والظاهر بقاؤه على العدم فلا ينصرف اليه اللفظ وعندهما ينصرف الى الحقيقي وهو ما يملكه بعد الحرية المطلقة لانه القابل لهذا الحكم وهو الوصية تصحيحا لتصرفه او يتناول النوعين فيصح فيما يقبل ولا يصح فيما لا يقبل كما اذا قال الحر كل عبد اشتريته فهو حر ينصرف الى ما يشتريه لنفسه ولغيره فيعتق ما يشتريه لنفسه ولا يعتق الاخر وتنحل به اليمين حتى اذا اشتراه بعد ذلك لا يعتق هكذا ذكر المسئلة في شرح الزيادات وقال العبد الفقير الى الله تعالى ينبغي ان تكون هذه المسئلة مثل مسئلة اليمين المذكورة في باب الحنث في ملك المكاتب والماذون من ايمان الجامع الكبير وهي ما اذا قال احدهما اذا اعتقت فكل مملوك املكه فهو حر فانه يعتق اذا ملك عبدا بعد العتق ولو قال كل مملوك املكه فهو حر فاعتق ثم ملك عبدا لا يعتق لان قوله املكه يتناول الحال وهو غير قابل له ولو قال كل مملوك املكه فيما استقبل فهو حر يعتق عندهما ما يملكه بعد العتق لانه ينصرف الى ملك قابل له وهو ما بعد الحرية ولا يعتق عند ابي حنيفة رحمه الله لانه ينصرف الى الملك الظاهر وهو ما قبل العتق كما اذا قال المنكوحة نكاحا فاسدا ان طلقتك فعبدي حر ينصرف الى الطلاق في النكاح الفاسد لانه هو الظاهر فجعل الخلاف في هذه المسئلة فيما اذا قال فكل مملوك املكه فيما استقبل وفي مسئلة الوصية جعله من غير ذكر الاستقبال وهذا ظاهره تناقض ويحتمل ان يكون لكل واحد منهم روايتان في المسئلتين والا فلا فرق بينهما من حيث الوضع وكيف يختلفان في الجواب

قال رحمه الله وتصح الوصية للحمل وبه ان ولدت لاقل مدته من وقت الوصية اما الاول فلان الوصية استخلاف من وجه لانه يجعله خليفة في بعض ماله والجنين يصلح خليفة في الارث فكذا في الوصية لانها اخته غير انها ترتد بالرد لما فيها من معنى التمليك بخلاف الهبة لانها تمليك محض ولا ولاية لاحد عليه حتى يملكه شيا ولهذا قال الوصية شرطها القبول والجنين ليس من اهله فكيف تصح لانا نقول الوصية تشبه الهبة وتشبه الميراث فلشبهها بالهبة يشترط القبول اذا امكن ولشبهها بالميراث يسقط اذا لم يمكن عملا بالشبهين ولهذا يسقط بموت الموصى له قبل القبول واما الثاني وهو ما اذا اوصى بالحمل فلانه يجري فيه الارث فتجري فيه الوصية ايضا لانها اخته ثم شرط في الهداية ان يولد لاقل من ستة اشهر فيهما مثل ما ذكر في هذا المختصر وقال في النهاية لجواز الوصية للحمل وبالحمل اذا وضع لاقل من ستة اشهر اي من وقت موت الموصي لا من وقت الوصية من غير تفصيل صح وذكر في الكافي ما يدل على انه ان اوصى له تعتبر من وقت الوصية وان اوصى به تعتبر من وقت الموت

قال رحمه الله ولا تصح الهبة له اي للحمل لان الهبة من شرطها القبول والقبض ولا يتصور ذلك من الجنين ولا يلي عليه احد حتى يقبض عنه فصار كالبيع

قال رحمه الله وان اوصى بامة الا حملها صحت الوصية والاستثناء لان الحمل لا يتناوله اسم الجارية لفظا وانما يستحق بالاطلاق تبعا فاذا افرد الام بالوصية صح افراده ولان الحمل يجوز افراده بالوصية فكذا استثناؤه منها لان كل ما جاز ايراد العقد عليه جاز اخراجه من العقد على ما عرف في البيوع ... الاستثناء منقطعا يعني لكن اذا لم يدخل تحت اللفظ

قال رحمه الله وله الرجوع عن الوصية قولا وفعلا بان باع او وهب او قطع الثوب او ذبح الشاة لان الوصية تبرع فجاز الرجوع عنها مطلقا كما في الهبة قبل القبض ولان قبول الوصية بعد الموت فجاز الرجوع عنها قبل القبول كما في

اذ هي اخته صح

ثم لا تصح الا بالقبول والقبض ولا يتصور ... لان ذا لا يكون الا بالولاية ولا ولاية لاحد على الحمل لاستغنائه عنها كافي

سايرا العقود كالبيع وغيره ثم الرجوع قد يثبت صريحا بان يقول رجعت عن الوصية وهو المراد بقوله وله الرجوع عن الوصية قولا وقد يثبت دلالة بان يفعل بالشيء الموصى به فعلا يدل على الرجوع وهو المراد بقوله فعلا بان باع او وهب او قطع الثوب او ذبح الشاة ونظيره البيع بخيار الشرط او الشراء به فان الفسخ او الاجازة تكون بالصريح وبالدلالة ثم الاصل فيه ان كل فعل لو فعله الانسان في ملك غيره بغير اذن مالكه ينقطع به حق المالك فاذا فعله الموصي بالعين الموصى بها كان رجوعا كما اذا اتخذ الحديد سيفا او الصفر آنية لانه لما اثر في قطع ملك المالك فلان يوثر في المنع اولى وكذا كل فعل يوجب زيادة في الموصى به ولا يمكن تسليمها الا به فهو رجوع اذا فعله فيه وكذا كل تصرف اوجب زوال الملك فهو رجوع وكذا اذا خلطه بغيره بحيث لا يمكن تمييزه فاذا ثبت هذا فنقول اذا اوصى بثوب ثم قطعه وخاطه او بقطن ثم غزله او بغزل ثم نسجه ينقطع به حق المالك اذا وجد ذلك من الغاصب فتبطل به الوصية لانه تبدل اسمه وصار عينا اخر غير الموصى به وكذا لو اوصى بسويق فلته بسمن او بالعكس او بدار فبنى فيها او بقطن فحشى به او ببطانة فبطن بها او بظهارة فظهر بها بطلت الوصية لانه لا يمكن تسليم الموصى به وحده للاختلاط بغيره وكذا لو باع العين الموصى بها او وهبها بطلت الوصية لزوال ملكه عنه حتى لو ملكها بالشراء او بالرجوع على الهبة لا تعود الوصية وذبح الشاة الموصى بها استهلاك فتبطل به الوصية بخلاف تجصيص الدار الموصى بها او هدم بنائها وغسل الثوب الموصى به حيث لا يكون رجوعا لانه تصرف في التبع لان من اراد ان يعطي ثوبه غيره يغسله عادة فكان تقريرا معنى ولو اوصى برطب فصار تمرا لا تبطل الوصية استحسانا بخلاف ما اذا اوصى بعنب فصار زبيبا لان الفرق ان الرطب والتمر جنس واحد ولهذا جاز استبدال احدهما مكان الاخر في السلم بخلاف ما اذا اوصى بالكمثرى فصار رطبا حيث تبطل الوصية للتبدل وكذا اذا اوصى ببيض فصار فرخا ولو كان التغير في هذه المسائل بعد موت الموصي لا تبطل الوصية سواء كان قبل القبول او بعده **قال رحمه الله** والجحود لا يكون رجوعا كذا ذكره محمد رحمه الله في الجامع الكبير وذكر في المبسوط انه رجوع قيل ما ذكر في المبسوط محمول على ان الرجوع كان في حضرة الموصى له وما ذكر في الجامع محمول على ان الرجوع في غيبته ومنهم من قال ما ذكر في الجامع قول محمد رحمه الله وما ذكر في المبسوط قول ابي يوسف وصاحب الهداية منهم وهو الصحيح لابي يوسف ان الجحود نفي في الماضي والحال فكان اقوى من الرجوع اذ هو نفي في الحال فقط فكان اولى ان يكون رجوعا ولهذا كان جحود التوكيل عزلا وجحود المبيع يعني البيع اقالة ولمحمد ان الجحود نفي في الماضي والانتفاء في الحال ضرورة ذلك واذا كان ثابتا في الماضي كان ثابتا في الحال فكان الجحود لغوا ولان الرجوع اثبات في الماضي ونفي في الحال والجحود نفي فيهما لان حقيقته نفي في الماضي ويلزم منه الانتفاء في الحال ان كان صادقا فلا يكون احدهما اخص من الاخر مع اختلاف حقيقتهما ولهذا لا يكون جحود النكاح طلاقا ولو قال كل وصية اوصيت بها لفلان فهو حرام او ربوا لا يكون رجوعا لان الوصف يستدعي بقاء الاصل بخلاف ما اذا قال هي باطلة لانه الذاهب المتلاشي ولو قال اخرتها لا يكون رجوعا لان التاخير ليس للسقوط كتاخير الدين بخلاف ما اذا قال تركت لانه اسقاط ولو قال العبد الذي اوصيت به لفلان فهو لفلان كان رجوعا لان اللفظ يدل على قطع الشركة بخلاف ما اذا اوصى به لرجل ثم اوصى به لاخر لان المحل يحتمل الشركة واللفظ صالح لها وكذا اذا قال فهو لفلان وارثي يكون رجوعا عن الاول ويكون وصية للوارث … انه يجوز ان اجازتها الورثة ولو كان فلان الاخر ميتا حين اوصى فالوصية للاول على حالها لان الوصية الاولى انما تبطل ضرورة كونها للثاني ولم تكن فبقي الاول على حاله ولو كان فلان حين قال ذلك حيا ثم مات قبل موت الموصي فهو لورثته لبطلان الوصيتين الاولى بالرجوع والثانية بالموت والله اعلم

اي غيبة الموصى له وهذا لا يكون رجوعا في الروايات كلها وما ذكر في المبسوط محمول على ان الجحود كان عند حضرة الموصى له وعند حضرته يكون رجوعا

ولا يكون جحود النكاح طلاقا

وجحود البيع اقالة

٣٠٧

باب الوصية بثلث المال

قال رحمه الله اوصى لزيد بثلث ماله ولآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة فثلثه لهما اي اذا لم تجز الورثة الوصيتين كان الثلث بينهما لان ثلث المال يضيق عن حقهما اذ لا يزاد عليه عند عدم الاجازة وقد تساويا في سبب الاستحقاق فيستويان في الاستحقاق والمحل يقبل الشركة فيكون الثلث بينهما نصفين لاستواء حقهما ولم يوجد ما يدل على الرجوع عن الاولى بخلاف ما اذا قال العبد الذي اوصيت به لفلان فهو لفلان حيث يكون العبد كله للثاني لوجود ما يدل على الرجوع عن الاولى على ما مر **قال رحمه الله** وان اوصى لآخر بسدس ماله فالثلث بينهما اثلاثا معناه مع الوصية الاولى وهي الوصية بثلث ماله لان كل واحد منهما يستحق بسبب صحيح شرعا وضاق الثلث عن حقهما اذ لا مزيد للوصية على الثلث فيقتسمان الثلث على قدر حقهما فيجعل السدس سهما لانه الاقل فصارت ثلاثة اسهم لصاحب السدس سهم ولصاحب الثلث سهمان **قال رحمه الله** وان اوصى لاحدهما بجميع ماله وللاخر بثلث ماله ولم تجز فثلثه بينهما نصفان وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله ولا يضرب الموصى له بما زاد على الثلث الا في المحاباة والسعاية والدراهم المرسلة وعندهما الثلث بينهما ارباعا سهم لصاحب الثلث وثلاثة اسهم لصاحب الجميع فيضرب الموصى له بما زاد على الثلث لان الموصي قصد شيئين الاستحقاق والتفضيل وامتنع الاستحقاق لحق الورثة ولا مانع من التفضيل فيثبت كما في السعاية واختيها ولابي حنيفة رحمه الله ان الوصية بما زاد على الثلث وقعت بغير مشروع عند عدم الاجازة من الورثة اذ لا يتصور نفاذها بحال فتبطل اصلا ولا يعتبر الباطل والتفضيل ثبت في ضمن الاستحقاق فيبطل ببطلان الاستحقاق كالمحاباة الثابتة في ضمن البيع تبطل ببطلان البيع بخلاف الوصية بالدراهم المرسلة واختيها لان لها نفاذا في الجملة بدون اجازة الورثة بان كان في المال سعة فيصيب بها التفاضل فيضرب كل واحد منهم بجميع حقه لكونه مشروعا لاحتمال ان يصل كل واحد منهم الى جميع حقه بان يظهر له مال فيخرج الكل من الثلث وقال في الهداية وهذا بخلاف ما اذا اوصى بعين من تركته قيمتها تزيد على الثلث فانه يضرب بالثلث وان احتمل ان يزيد المال فيخرج من الثلث لان هناك الحق يتعلق بعين التركة بدليل انها لو هلكت واستفاد مالا اخر تبطل الوصية وفي الدراهم المرسلة لو هلكت التركة تنفذ فيما يستفاد فلم يكن متعلقا بعين ما تعلق به حق الورثة وهذا ينتقض بالمحاباة فانها تعلقت بالعين مثله ومع هذا يضرب بما زاد على الثلث **قال رحمه الله** وبنصيب ابنه بطل وبمثل نصيب ابنه صح اي الوصية بنصيب ابنه باطلة والوصية بمثل نصيب ابنه صحيحة وقال زفر كلاهما صحيحة لان الجميع ماله في الحال وذكر نصيب الابن للتقدير به ولانه يجوز انه حذف المضاف واقام المضاف اليه مقامه فقوله اوصيت بنصيب ابني اي بمثل نصيبه ومثله سائغ لغة قال الله تعالى واسئل القرية اي اهلها ولنا ان نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت فكان وصية بمال الغير بخلاف ما اذا اوصى بمثل نصيب ابنه لان مثل الشيء غيره وانما يجوز حذف المضاف اذا كان ما يدل عليه كما في الاية لان السؤال يدل على المسؤول وهم الاهل ولم يوجد هنا ما يدل على المحذوف فلا يجوز **قال رحمه الله** فان كان له ابنان فله الثلث والقياس ان يكون له النصف عند اجازة الورثة لانه اوصى له بمثل نصيب ابنه ونصيب كل واحد منهما النصف وجه الاول انه قصد ان يجعله مثل ابنه لا ان يزيد نصيبه على نصيب الابن وذلك بان يجعل الموصى له كاحدهم **قال رحمه الله** وبسهم او جزء من ماله فالبيان الى الورثة اي اذا اوصى بسهم او جزء من ماله كان بيان ذلك الى الورثة فيقال لهم اعطوه ما شئتم لانه مجهول يتناول القليل والكثير والوصية لا تمتنع بالجهالة والورثة قائمون مقام الموصي فكان اليهم بيانه سوى هنا بين السهم والجزء وهو اختيار بعض المشايخ والمروي عن ابي حنيفة رحمه الله ان السهم عبارة عن السدس ونقل ذلك عن ابن مسعود رضي الله عنه وعن اياس بن معاوية وقال في الجامع الصغير له اخس سهام الورثة الا ان يكون اقل من السدس

فحينئذ يعطى له السدس وقال في الاصل له اخس سهام الورثة الا ان يكون اكثر من السدس فلا يزاد
عليه جعل السدس لمنع النقصان في رواية الجامع الصغير ولا يمنع الزيادة وجعله لمنع الزيادة في الاصل
ولا يمنع النقصان وذكر في الهداية ما يمنع الزيادة والنقصان ثم قال في تعليله لانه يذكر ويراد به السدس
ويذكر ويراد به سهم من سهام الورثة فيعطى الاقل منهما ثم هذا يمنع الزيادة فقط وقال ابو يوسف ومحمد
له اخس سهام الورثة لان السهم يراد به نصيب احد الورثة عرفا لا سيما في الوصية فينصرف اليه وهذا
في عرفهم واما في عرفنا فهو الذي ذكرناه اولا قال رحمه الله لو قال سدس مالي لفلان ثم قال ثلث مالي له فله ثلث ماله
لان الثلث متضمن للسدس فيدخل فيه فلا يتناول اكثر من الثلث قال رحمه الله وان قال سدس مالي لفلان
ثم قال له سدس مالي له السدس يعني سدسا واحدا سواء قال ذلك في مجلس واحد او في مجلسين لان
السدس ذكر معرفا بالاضافة الى المال والمعرف اذا اعيد معرفا كان الثاني عين الاول ولهذا قال ابن عباس
رضي الله عنهما في قوله تعالى فان مع العسر يسرا ان مع العسر يسرا لن يغلب عسر يسرين قال رحمه الله وان اوصى بثلث
دراهمه او غنمه وهلك ثلثاه له ما بقي اي اذا اوصى بثلث دراهمه او غنمه وهلك ثلثا ذلك وبقي
ثلثه وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله فله جميع ما بقي من الدراهم او الغنم وقال زفر له ثلث ما بقي من ذلك
النوع لان كل واحد منهما مشترك بينهم والمال المشترك يهلك ما هلك منه على الشركة ويبقى الباقي كذلك
وصار كما اذا كانت الوصية اجناسا مختلفة ولنا ان حق بعضهم يمكن جمعه في البعض
المتعين في الجنس الواحد ولهذا يجري فيه الجبر على القسمة وفيه جمع والوصية مقدمة فجمعناها في البعض
الباقي قضاء كما اذا اوصى بدرهم او بعشرة دراهم او بعشرة ارؤس من الغنم فهلك ذلك الجنس كله الا القدر
المسمى فانه يأخذه اذا كان يخرج من ثلث بقية ماله بخلاف الاجناس المختلفة فانه لا يمكن الجمع فيها
جبرا فكذا تقديما والمال المشترك انما يهلك الهالك على الشركة ان لو استوى الحقان اما اذا كان احدهما
مقدما على الاخر فالهالك يصرف الى المؤخر كما اذا كان في التركة ديون ووصايا وورثة ثم هلك بعض
التركة فان الهلاك يصرف الى المؤخر وهو الوصية والارث لان الدين مقدم عليهما وهنا الوصية مقدمة
على الارث لقوله تعالى من بعد وصية يوصي بها او دين فينصرف الهلاك الى الارث تقديما للوصية على وجه
لا ينقص حق الورثة عن الثلثين من جميع التركة اذ لا يسلم للموصى له شيء حتى يسلم للورثة ضعف ذلك
وكذا اذا هلك البعض في المضاربة ينصرف الهلاك الى الربح لان راس المال مقدم على ما عرف في موضعه قال رحمه الله
ولو رقيقا او ثيابا او دورا له ثلث ما بقي اي اذا اوصى بثلث رقيقه او ثيابه او بثلث دوره فهلك
ثلثا ذلك وبقي الثلث وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله كان له ثلث الباقي كما قال زفر رحمه الله لان الجنس مختلف
فلا يمكن جمعه بخلاف الاول على ما بينا قالوا هذا اذا كان الثياب من اجناس مختلفة وان كانت من جنس
واحد فهي بمنزلة الدراهم وكذا كل مكيل وموزون كالدراهم لما بينا وقيل هذا قول ابي حنيفة رحمه الله في الرقيق
والدور لانه لا يرى الجبر على المقاسمة وقيل هو قول الكل لان الجمع انما يتحقق بقضاء القاضي عن اجتهاد
عندهما ولا يتحقق بدون القضاء ولا قضاء هنا فلم يتحقق الجمع اجماعا والاشبه ان يكون على
الخلاف لان كلما امكن جمعه جبرا بالقضاء امكن جمعه تقديرا وهذا لان الفقه في هذا الباب الا ترى
انه امكن الجمع بدون القضاء عندهما فيما اذا كانت الوصية بثلث الدراهم او الغنم على ما بينا قال رحمه الله
وبالف وله عين ودين فان خرج الالف من ثلث العين دفع اليه اي اذا اوصى بالف [illegible] عين ودين
فان خرج الالف من العين دفع اليه لان ايفاء حق كل واحد ممكن من غير بخس [illegible] قال رحمه الله
والا فثلث العين وكلما خرج شيء من الدين له ثلثه حتى يستوفي الالف اي وان لم يخرج الالف من ثلث
العين دفع الى الموصى له ثلث العين ثم كلما خرج شيء من الدين دفع اليه ثلثه حتى يستوفي حقه وهو

الالف لان الموصى له شريك الوارث في الحقيقة الا ترى انه لا يسلم له شيء حتى يسلم للورثة ضعفه وفي
تخصيصه بالعين بخس في حق الورثة لان للعين مزية على الدين ولان الدين ليس بمال في مطلق الحال
ولهذا لو حلف انه لا مال له وله دين على الناس لا يحنث وانما يصير مالا عند الاستيفاء وباعتباره تناوله
الوصية فيعدل النظر بقسمة كل واحد من الدين والعين اثلاثا فيصار اليه قال رحمه الله وبثلثه لزيد وعمرو
وهو ميت لزيد كله اي اذا اوصى لزيد وعمرو بثلث ماله وعمرو ميت فالثلث كله لزيد لان الميت ليس باهل
للوصية فلا يزاحم الحي الذي هو اهل لها كما اذا اوصى لزيد وجدار وعن ابي يوسف انه اذا لم يعلم بموته كان
له نصف الثلث لان الوصية عنده صحيحة لعمرو ولم يرض للحي الا نصف الثلث بخلاف ما اذا علم
بموته لان الوصية لعمرو لغو فكان راضيا بكل الثلث للحي هذا اذا كان المزاحم معدوما من الاصل اما اذا خرج
المزاحم بعد صحة الايجاب يخرج بحصته ولا يسلم للاخر كل الثلث لان الوصية صحت لهما وثبتت الشركة
بينهما فبطلان حق احدهما بعد ذلك لا يوجب زيادة على حق الاخر مثاله اذا قال ثلث مالي لفلان ولفلان
بن عبد الله ان مت وهو فقير فمات الموصي وفلان بن عبد الله غني كان لفلان نصف الثلث وكذا لو قال
ثلث مالي لفلان وفلان فمات احدهما قبل موت الموصي وكذا لو قال ثلث مالي لفلان ولعبد الله ان كان
عبد الله في هذا البيت ولم يكن عبد الله في البيت كان لفلان نصف الثلث لان بطلان استحقاقه لفقد
شرطه لا يوجب الزيادة في حق الاخر فكان الحرف فيه انه متى دخل في الوصية ثم خرج لفقد شرطه لا يوجب
الزيادة في حق الاخر ومتى لم يدخل في الوصية لفقد الاهلية كان الكل للاخر قال رحمه الله ولو قال بين زيد
وعمرو لزيد نصفه اي اذا قال ثلث مالي بين زيد وعمرو وعمرو ميت كان لزيد نصف الثلث لان كلمة بين
توجب التنصيف فلا يتكامل لعدم المزاحمة بخلاف ما اذا قال لفلان وفلان فاذا احدهما ميت حيث يكون
للحي كل الثلث لان الجملة الاولى كلام يقتضي الاختصاص بالحكم الا ان العطف يقتضي المشاركة في الحكم المذكور
والمذكور وصية بكل الثلث والتنصيف بحكم المزاحمة فاذا زالت المزاحمة يتكامل الا ترى ان من قال
ثلث مالي لفلان وسكت كان له جميع الثلث ولو قال ثلث مالي بين فلان وسكت لم يستحق الثلث كله بل
نصفه الا ترى الى قوله تعالى ونبئهم ان الماء قسمة بينهم اقتضى ان يكون النصف بدليل قوله تعالى لها
شرب ولكم شرب يوم معلوم قال رحمه الله وبثلثه له ولا مال له له ثلث ما يملك عند موته اي اذا اوصى
بثلث ماله لشخص ولا مال له وقت الوصية كان له ثلث ما يملكه عند الموت لان الوصية عقد استخلاف مضاف
الى ما بعد الموت ويثبت حكمه بعده فيشترط وجود المال عند الموت سواء اكتسبه بعد الوصية او قبلها بعد
ان لم يكن الموصى به عينا او نوعا متعينا واما اذا اوصى بعين او بنوع معين من ماله كثلث غنمه فهلكت قبل موته
فتبطل الوصية لانها تعلقت بالعين فتبطل بفواتها قبل الموت حتى لو اكتسب غنما اخر او عينا اخر بعد ذلك
لا يتعلق حق الموصى له بذلك ولو لم يكن له غنم عند الوصية فاستفادها ثم مات فالصحيح ان الوصية تصح
لانها لو كانت بلفظ المال تصح فكذا اذا كانت بلفظ نوعه لان المعتبر وجوده عند الموت لا غير ولو قال
له شاة من مالي وليس له غنم يعطى قيمة شاة لانه لما اضاف الشاة الى المال علمنا ان مراده الوصية بمالية
الشاة اذ ماليتها توجد في مطلق المال الا ترى الى قوله عليه السلام في خمس من الابل السائمة شاة وعين الشاة
لا توجد في الابل وانما يوجد ماليتها فيها ولو اوصى بشاة ولم يضفها الى ماله ولا غنم له قيل لا يصح لان
المصحح اضافتها الى المال وبدون الاضافة الى المال تعتبر صورة الشاة ومعناها وقيل تصح لانه لما ذكر
الشاة [illegible] شاة [illegible] مراده المالية ولو قال شاة من غنمي ولا غنم له فالوصية باطلة لانه لما
اضافها الى الغنم علمنا ان مراده عين الشاة حيث جعلها جزءا من الغنم بخلاف ما اذا اضافها الى المال وعلى هذا
يخرج كل نوع من انواع المال كالبقر والثوب ونحوهما قال رحمه الله وبثلثه لامهات اولاده وهن ثلاث

الدين ليس بمال في مطلق الحال فلو حلف عليه انه لا مال له

اذا فقد شرطه كان للموصى له نصفه واذا فقدت الاهلية كان كله للموصى له

الموصى له بعد الوصية في الموصى لهم اذا كانت الوصية حصة للحق [illegible] في التركة فكان حقه كالاصل وحق الورثة كالتبع لغاية

وللفقراء والمساكين لهن ثلاثة من خمسة وسهم للفقراء وسهم للمساكين اي اذا اوصى بثلث ماله لامهات اولاده وللفقراء والمساكين وامهات اولاده ثلاث يقسم الثلث اخماسا فلهن ثلاثة اسهم ولكل طايفة من المساكين والفقراء سهم وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله تعالى وقال محمد رحمه الله يقسم اسباعا لان المذكور لفظ الجمع وادناه في الميراث اثنان قال الله تعالى فان كان له اخوة فلامه السدس وقال تعالى وان كن نساء فوق اثنتين الاية والمراد بالاية اثنان فكان من كل طايفة اثنان وامهات الاولاد ثلاثة فكان المجموع سبعة فيقسم اسباعا ولهما ان اسم الجنس المحلى بالالف واللام يتناول الادنى مع احتمال الكل كالمفرد المحلى بها لانه يراد بهما الجنس اذا لم يكن ثمة معهود قال الله تعالى لا يحل لك النساء من بعد وقال تعالى وجعلنا من الماء كل شيء حي ولا يحتمل ما بينهما فتعين الادنى لتعذر ارادة الكل ولهذا لو حلف لا يشتري العبيد يحنث بالواحد فيتناول من كل فريق واحدا وامهات الاولاد ثلاث فبلغ السهام خمسة وليس فيما تلى دلالة على ما ذكر لان المذكور في الايتين نكرة وكلامنا في المعرفة حتى لو كان فيما نحن فيه منكرا قلنا كما قال ثم هذه الوصية تكون لامهات اولاده اللاتي يعتقن بموته او اللاتي عتقن في حياته ان لم يكن له امهات اولاد غيرهن فان كان له امهات اولاد عتقن في حياته وامهات اولاد يعتقن بموته كانت الوصية للاتي يعتقن بموته لان الاسم لهن في العرف واللاتي عتقن حال حياته موالي لا امهات اولاد وانما تصرف اليهن الوصية عند عدم اولئك لعدم من يكون اولى منهن بهذا الاسم ولا يقال الوصية لمملوكه بالمال لا تجوز لان العبد لا يملك شيئا وانما تجوز له الوصية بالعتق او برقبته لكونه عتقا فوجب ان لا تجوز لامهات اولاده اللاتي لم يعتقن حال حياته لانا نقول القياس ان لا تجوز الوصية لهن لانها لو جازت لهن لملكنه حال نزول العتق بهن لكون العتق والتمليك معلقان بالموت والعتق ينزل عليهن وهن اماء فكذا تملكهن يقع وهن اماء وهو لا يتصور الا انا جوزناه استحسانا لان الوصية مضافة الى ما بعد عتقهن لا حال حلول العتق بهن بدلالة حال الموصي لانه قصد تمليكهن ولا يتصور ذلك الا بعد العتق فيصرف اليه تصحيحا لكلامه **قال** رحمه الله وبثلثه لزيد وللمساكين لزيد نصفه ولهم نصفه اي اذا اوصى بثلث ماله لزيد وللمساكين كان لزيد النصف وللمساكين النصف وهذا عندهما وعند محمد رحمه الله ثلثه لفلان وثلثاه للمساكين وقد بينا ما ياخذ كل واحد من الفريقين ولو اوصى للمساكين كان له صرفه الى مسكين واحد عندهما وعند محمد رحمه الله لا يصرفه الى اقل من اثنين بناء على ما ذكرنا **قال** رحمه الله وبماية لرجل وبماية لاخر فقال لاخر اشركتك معهما له ثلث كل ماية وبأربعماية له وبمايتين لاخر فقال لاخر اشركتك معهما له نصف ما لكل منهما يعني اذا اوصى لرجل بماية درهم ولاخر بماية ثم قال لاخر قد اشركتك معهما فله ثلث كل ماية ولو اوصى لرجل باربعماية درهم ولاخر بمايتين ثم قال لاخر قد اشركتك معهما كان له نصف ما لكل واحد منهما لان الشركة المساواة لغة ولهذا حمل قوله تعالى فهم شركاء في الثلث على المساواة وقد امكن اثبات المساواة بين الكل في الاولى لاستواء المالين فياخذ كل واحد منهما ثلث الماية فتم له ثلثا الماية وياخذ كل واحد منهما ثلثي الماية ولا يمكن المساواة بين الكل في الثانية لتفاوت المالين فحملناه على مساواة الثالث مع كل واحد منهما بما سماه له فياخذ النصف من كل واحد من المالين ولو اوصى لرجل بجارية ولاخر بجارية اخرى ثم قال لاخر اشركتك معهما فان كانت قيمة الجاريتين متفاوتة كان له نصف كل واحدة منهما بالاجماع وان كانت قيمتهما على السواء فله ثلث كل واحدة منهما عندهما وعند ابي حنيفة رحمه الله نصف كل واحدة منهما بناء على انه لا يرى قسمة الرقيق لكونهما جنسين مختلفين وهما يريانها فصارا كالدراهم المتساوية ولو اوصى لرجل بثلث ماله ثم قال لاخر اشركتك او ادخلتك معه فالثلث بينهما لما ذكرنا **قال** رحمه الله وان قال لورثته لفلان علي دين فصدقوه فانه يصدق الى الثلث وهذا استحسان والقياس ان لا يصدق لان الاقرار بالمجهول وان كان صحيحا لا يحكم به

الاقرار بالمجهول لا يحكم به الا بالبيان

الا بالبيان وقوله فصدقوه مخالف للشرع لان المدعي لا يصدق الا بحجة فيتعذر جعله اقرارا مطلقا فلا يعتبر فصار نظير من قال كل من ادعى علي شيئا فاعطوه فانه باطل لكونه مخالفا للشرع الا ان نقول ان راي الموصي ان يعطيه فحينئذ يجوز من الثلث وجه الاستحسان انا نعلم ان قصده تقديمه على الورثة وقد امكن تنفيذ قصده بطريق الوصية وقد يحتاج اليه من يعلم باصل الحق عليه دون مقداره فيسعى في تفريغ ذمته فيجعله وصية جعل التقدير فيها الى الموصى له كانه قال لهم اذا جاءكم فلان وادعى شيئا فاعطوه من مالي ما شاء فهذه معتبرة فكذا هذا فيصدق الى الثلث **قال** رحمه الله فان اوصى بوصايا اي مع ذلك عزل الثلث لاصحاب الوصايا والثلثان للورثة وقيل لكل صدقوه فيما شئتم وما بقي من الثلث فللوصايا اي لاصحاب الوصايا لو بيان كلهم فيه صاحب الدين وانما عزل الثلث والثلثان لان الوصايا حقوق معلومة في الثلث والميراث معلوم في الثلثين وهذا ليس بدين معلوم ولا وصية معلومة فلا يزاحم المعلوم فقدمنا عزل المعلوم وفي الافراز فايدة اخرى وهي ان احد الفريقين قد يكون اعرف بمقدار هذا الحق وابصر به والاخر الدّ وربما يختلفون في الفضل اذا ادعاه الخصم فاذا افرزنا الثلث علمنا ان في التركة دينا شايعا في جميع التركة فيؤمر اصحاب الوصايا والورثة ببيانه فاذا بينوا شيئا اخذ اصحاب الوصايا بثلث ما اقروا به والورثة بثلثي ما اقروا به لان اقرار كل فريق نافذ في حق نفسه فيلزمه بحصته واذا ادعى المقر له اكثر من ذلك حلف كل فريق على العلم لانه تحليف على فعل الغير **قال** العبد الضعيف الراجي عفو ربه الكريم هذا مشكل من حيث ان الورثة كانوا يصدقونه الى الثلث ولا يلزمهم ان يصدقوه في اكثر من الثلث وهنا الزمهم ان يصدقوه في اكثر من الثلث لان اصحاب الوصايا اخذوا الثلث على تقدير ان تكون الوصايا تستغرق الثلث كله ولم يبق في ايديهم من الثلث شيء فوجب ان لا يلزمهم تصديقه والله اعلم **قال** رحمه الله ولاجنبي ووارثه له نصف الوصية وبطل وصيته للوارث اي اذا اوصى لاجنبي ولوارثه كان للاجنبي نصف الوصية وبطلت الوصية للوارث لانه اوصى بما يملك وبما لا يملك فنصح فيما يملك وبطل في الاخر بخلاف ما اذا اوصى لحي وميت حيث يكون الكل للحي لان الميت ليس باهل للوصية فلا يصلح مزاحما والوارث من اهلها ولهذا تصح باجازة الورثة فافترقا وعلى هذا اذا اوصى للقاتل وللاجنبي وهذا بخلاف ما اذا اقر بعين او دين لوارثه وللاجنبي حيث لا يصح في حق الاجنبي ايضا لان الوصية انشاء تصرف وهو تمليك مبتدا لهما والشركة تثبت حكما للتمليك فتصح في حق من يستحقه دون الاخر لان بطلان التمليك لاحدهما لا يوجب بطلان التمليك في حق الاخر اما الاقرار فاخبار عن كاين وقد اخبر بوصف الشركة في الماضي ولا وجه الى اثباته بدون هذا الوصف لانه خلاف ما اخبر به ولا الى اثبات هذا الوصف لانه يصير الوارث فيه شريكا ولانه لو قبض الاجنبي شيئا كان للوارث ان يشاركه فيه فيبطل في ذلك القدر ثم لا يزال يقبض الاجنبي شيئا ويشاركه الوارث فيه فيبطل حتى يبطل الكل فلا يكون مفيدا وفي الانشاء حصة احدهما ممتازة عن حصة الاخر بقاء وبطلانا قال في النهاية قال التمرتاشي هذا اذا تصادقا اما اذا انكر الاجنبي شركة الوارث وانكر الوارث شركة الاجنبي فانه يصح اقراره في حصة الاجنبي عند محمد رحمه الله لان الوارث مقر ببطلان حقه وبطلان حق شريكه فيبطل في حقه ويثبت في نصيب الاخر وعندهما يبطل في الكل لان حق الوارث لم يتميز عن حق الاجنبي وانما اوجبه مشتركا بينهما فيبطل كما بينا **قال** رحمه الله وبثياب متفاوتة لثلاثة فضاع ثوب ولم يدر اي والوارث يقول لكل هلك حقك بطلت اي اذا اوصى بثلاثة ثياب متفاوتة جيد ووسط ورديء لثلاثة انفس لكل واحد منهم بثوب فضاع منها ثوب ولا يدري ايها هو والوارث يجحد ذلك [illegible] حق احد منكم ولا ادري من هو فلا ادفع اليكم شيئا بطلت الوصية لان المستحق مجهول وجهالته تمنع صحة القضاء وتحصيل غرض الموصي فتبطل كما اذا اوصى لاحد الرجلين **قال** رحمه الله الا ان يسلموا ما بقي اي الا ان يسلم الورثة ما بقي من الثياب فحينئذ تصح الوصية لانها كانت صحيحة

في الاصل وانما بطلت لجهالة طارية مانعة من التسليم فاذا سلموا الباقي زال المانع فصارت صحيحة على ما كانت فيقسم بينهم **قال رحـ** فلذي الجيد ثلثاه ولذي الردي ثلثاه ولذي الوسط ثلث كل ای لصاحب الجيد يعطى ثلثي الثوب الجيد ولصاحب الردي يعطى ثلثي الثوب الردي ولصاحب الوسط ثلث كل واحد منهما فيصيب كل واحد منهم ثلثا ثوب لان الاثنين اذا قسم على ثلاثة اصاب كل واحد منهم الثلثان وانما اعطى صاحب الوسط ثلث كل واحد منهما والاخران الثلثين من ثوب واحد لان صاحب الجيد لا حق له في الردي بيقين لانه اما ان يكون هو الردي الاصلي او الوسط ولا حق له فيهما ويحتمل ان يكون حقه في الجيد بان كان الهالك هو الوسط او الردي ويحتمل ان لا يكون له فيه حق بان يكون الهالك هو الجيد وصاحب الردي لا حق له في الجيد بيقين لانه اما ان يكون هو الجيد الاصلي او الوسط ولا حق له فيهما واحتمل ان يكون حقه في الردي بان كان الهالك هو الجيد او الوسط واحتمل ان لا يكون له فيه حق بان كان الهالك هو الردي وصاحب الوسط يحتمل ان يكون حقه في الجيد بان كان الهالك اجود ويحتمل ان يكون في الردي بان كان الهالك اردى ويحتمل ان لا يكون له فيهما حق بان كان الهالك هو الوسط فاذا كان كذلك اعطى كل واحد منهم حقه من محل يحتمل ان يكون هو له لان التسوية بايصال حق كل واحد منهم اليه واجبة وهم في احتمال بقاء حقه وبطلانه سوا وفيما قلنا ايصال حق كل واحد منهم بقدر الامكان وتحصيل غرض الموصي من التفضيل فكان متعينا **قال رحـ** وبيت عين من دار مشتركة وقسم ووقع في حظه فهو للموصى له والا مثل ذرعه معناه اذا كانت الدار مشتركة بين اثنين فاوصى احدهما ببيت بعينه لرجل فان الدار تقسم فان وقع البيت في نصيب الموصي فهو للموصى له وان وقع في نصيب الاخر فالموصى له مثل ذرع البيت وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله تعالى وقال محمد رحمه الله له نصف البيت ان وقع في نصيب الموصي وان وقع في نصيب الاخر كان له مثل ذرع نصف البيت لانه اوصى بملكه وبملك غيره لان الدار كلها مشتركة فتنفذ في ملكه ويتوقف الباقي على اجازة صاحبه ثم اذا تملكه بعد ذلك بالقسمة التي هي مبادلة لا تنفذ الوصية السابقة كما اذا اوصى بملك الغير ثم اشتراه ثم اذا اصابه بالقسمة عين البيت كان للموصى له نصفه لانه عين ما اوصى به وان وقع في نصيب صاحبه كان له مثل نصف البيت لانه يجب تنفيذها في البدل عند تعذر تنفيذها في عين الموصى به كالجارية الموصى بها اذا قتلت تنفذ الوصية في بدلها بخلاف ما اذا بيع العبد الموصى به حيث لا تتعلق الوصية بثمنه لان الوصية تبطل بالاقدام على البيع على ما بينا في مسائل الرجوع عن الوصية ولا تبطل بالقسمة ولهما انه اوصى بما يستقر ملكه فيه بالقسمة لانه يقصد الايصا بما يمكن الانتفاع به على الكمال الظاهر او ذلك يكون بالقسمة لان الانتفاع بالمشاع قاصر وقد استقر ملكه في جميع البيت اذا وقع في نصيبه فتنفذ الوصية فيه ومعنى المبادلة في القسمة تابع وانما المقصود الافراز تكميلا للمنفعة ولهذا اجبر على القسمة فيه ولا تبطل الوصية اذا وقع البيت كله في نصيب شريكه ولو كانت مبادلة لبطلت كما لو باع الموصى به فعلى اعتبار الافراز صار كان البيت ملكه من الابتداء وان وقع في نصيب الاخر تنفذ في قدر ذرعان البيت جميعه من الذي وقع في نصيب الموصي لانه عوضه او لان مراد الموصي من ذكر البيت تقديره غير انا نقول بتعيين البيت اذا وقع البيت في نصيبه جمعا بين الجهتين التقدير والتمليك واذا وقع في نصيب الاخر عملنا بالتقدير او نقول انه اراد التقدير على اعتبار ● وقوع البيت في نصيب شريكه واراد التمليك على اعتبار وقوعه في نصيبه ولا يبعد ان يكون لكلام واحد جهتان باعتبارين الا ترى ان من علق بأول ولد تلده امته طلاق امراته وعتق ذلك الولد تقيد في حق العتق بالولد الحي لا في حق الطلاق ثم اذا وقع البيت في نصيب غير الموصي والدار مائة ذراع والبيت عشرة اذرع يقسم نصيب الموصي بين الموصى له والورثة على عشرة اسهم عند محمد رحمه الله تسعة للورثة وسهم للموصى له فيضرب الموصى له بنصف البيت وهو خمسة اذرع وهم

بنصف الدار الا نصف البيت الذي صار له وهو خمسة واربعون ذراعا ونصيب الميت من الدار خمسون ذراعا فيجعل كل خمسة منها سهما فصار عشرة اسهم وعندهما يقسم على خمسة اسهم لان الموصى له يضرب بجميع البيت وهو عشرة اذرع وهم بنصيبه كله الا البيت الموصى به وهو اربعون ذراعا فيجعل كل عشرة اذرع سهما فصار المجموع خمسة اسهم سهم للموصى له واربعة لهم **قال رحـ** والاقرار مثلها اي الاقرار ببيت معين من دار مشتركة مثل الوصية به حتى يؤمر بتسليم كله ان وقع البيت في نصيب المقر عندهما وان وقع في نصيب الاخر يؤمر بتسليم مثله وعند محمد رحمه الله يؤمر بتسليم النصف او قدره النصف وقيل محمد مع هما في الاقرار والفرق له على هذه الرواية ان الاقرار بملك الغير صحيح حتى ان من اقر بملك الغير لغيره ثم ملكه يؤمر بالتسليم الى المقر له والوصية بملك الغير لا تصح حتى لو ملكه بوجه من الوجوه ثم مات لا تنفذ فيه الوصية **قال رحـ** وبالف عين من مال اخر فاجاز رب المال بعد موت الموصي ودفعه صح وله المنع بعد الاجازة اي اذا اوصى رجل بالف درهم بعينها من مال غيره فاجاز صاحب المال بعد موت الموصي ودفعه اليه جاز وله الامتناع من التسليم بعد الاجازة لانه تبرع بمال الغير فيتوقف على اجازة صاحبه فاذا اجاز كان منه هذا ابتداء تبرع فله ان يمتنع من التسليم كسائر التبرعات بخلاف ما اذا اوصى بالزيادة على الثلث وللقاتل او للوارث فاجازتها الورثة حيث لا يكون لهم ان يمتنعوا من التسليم لان الوصية في نفسها صحيحة لمصادفتها ملكه وانما امتنع لحق الورثة فاذا اجازوها سقط حقهم فتنفذ من جهة الموصي على ما بيناه من قبل **قال رحـ** وصح اقرار احد الابنين بعد القسمة بوصية ابيه في ثلث نصيبه معناه اذا اقتسم الابنان تركة ابيهما وهو الف درهم مثلا ثم اقر احدهما لرجل ان اباهما اوصى له بثلث ماله فان المقر يعطيه ثلث ما في يده وهذا استحسان والقياس ان يعطيه نصف ما في يده وهو قول زفر رحمه الله تعالى لان اقراره بالثلث له تضمن اقراره بمساواته اياه والتسوية في اعطاء النصف ليبقى له النصف فصار كما اذا اقر احدهما باخ ثالث لهما وهذا لان ما اخذه المنكر كالهالك فيهلك عليهما وجه الاستحسان انه اقر له بثلث شائع في جميع التركة وهي في ايديهما فيكون مقرا له بثلث ما في يده وبثلث ما في يد اخيه فيقبل اقراره في حق نفسه لولايته على نفسه ولا يقبل في حق اخيه لعدم الولاية عليه فيعطيه ثلث ما في يده ولانه لو اخذ منه نصف ما في يده ادى الى محظور وهو ان الابن الاخر ربما يقر به فياخذ نصف ما في يده فياخذ نصف التركة فيزداد نصيبه على الثلث وهو خلف بخلاف ما اذا اقر احدهما بالدين على ابيهما حيث ياخذ صاحب الدين المقر له جميع ما في يد المقر حتى يستوفي دينه ولا ينفي المقر ان لم يفضل منه شيء لان الدين مقدم على الميراث فيكون مقرا بتقدمه عليه فيقدم عليه ولا كذلك الوصية لان الموصى له شريك للورثة فلا ياخذ شيئا الا اذا سلم للوارث ضعف ذلك ولا نسلم انه اقر له بالمساواة بل اقر له بثلث التركة وانما حصلت المساواة باتفاق الحال ولهذا لو لم يكن له اخ فاقر له بالوصية لا يزيد حقه على الثلث ولو كان مقرا له بالمساواة لساواه حالة الانفراد ايضا بخلاف ما اذا اقر باخ ثالث وكذب به اخوه حيث يكون ما في يد المقر بينهما نصفين لانه اقر له بالمساواة فيساويه مطلقا ولهذا لو كان وحده ايضا ساواه فيكون ما اخذه المنكر هالكا عليهما **قال رحـ** وبامة فولدت بعد موته وخرجا من ثلثه فهما له والا اخذ منهما ثم منه اي اذا اوصى لرجل بجارية فولدت بعد موت الموصي ولدا وكلاهما يخرج من الثلث فهما للموصى له لان الام دخلت في الوصية اصالة والولد تبعا حين كان متصلا بها فاذا ولدت قبل القسمة والتركة مبقاة على ملك الميت قبلها حتى يقضى به ديونه وينفذ منه وصاياه دخل الولد في الوصية فيكونان للموصى له وان لم يخرجا من الثلث ضرب الموصى له بالثلث واخذ ما يخصه من الام اولا فان فضل شيء اخذه من الولد وهذا عند ابي حنيفة وقالا ياخذ ما يخصه منهما جميعا لان الولد دخل في الوصية تبعا حال الاتصال فلا يخرج عن الوصية بالانفصال كما اذا اوصى ببيعهما من فلان بكذا من الثمن او عتقهما فولدت وكما اذا ولدت المبيعة قبل القبض فانه يسري الى الولد حتى يباع او يعتق معها

قبل القسمة وبعد البيع قبل قبض المشتري يكون الولد داخلا في الوصية مع بيع الام وكذا اذا اوصى بعتق جارية فولدت قبل القسمة تنفذ الوصية فيهما على السواء لان الولد دخل تحت الوصية حالة الاتصال فلا يخرج عنها حالة الانفصال محيط

قف الاقرار بملك الغير يصح بالتسليم ان ملكه بعد

قف اوصى بما زاد على الثلث ليس له الرجوع عند الغير

قف اقرار احد الابنين

ويكون له حصة من الثمن اذا ولدته قبل القبض فتنفذ الوصية فيهما على السواء من غير تقديم الام كان الوصية
وقعت بهما جميعا ولابي حنيفة رحمه الله ان الام اصل والولد تبع في الوصية والتبع لا يزاحم الاصل فلو نفذنا الوصية
فيهما جميعا تنتقض الوصية في بعض الاصل وذلك لا يجوز بخلاف البيع والعتق لان تنفيذه في التبع لا يودي
الى نقضه في الاصل بل يبقى تاما صحيحا فيه غير ان الثمن كله لا يقابل الاصل بل بعضه ضرورة مقابلته بالولد
اذا بيعا بالثمن الذي عينه الموصي او ولدت المبيعة قبل القبض في غير الوصية وقبض الولد مع الام وذلك
لا يبالى به ولا اثر له في القبض لان الثمن تابع في البيع حتى ينعقد البيع بدون ذكره وان كان فاسدا حتى لو كانت
الثمن الذي عينه الموصي محاباة يحتمل ان يكون على الخلاف هذا اذا ولدته قبل القبول وقبل القسمة وان
ولدته بعدهما فهو للموصى له لانه نماء ملكه خالصا لتقرر ملكه فيه بعدهما وان ولدته بعد القبول
قبل القسمة ذكر القدوري انه لا يصير موصى به ولا يعتبر خروجه من الثلث وكان للموصى له من جميع المال
كما لو ولدته بعد القسمة ومشايخنا رحمهم الله قالوا يصير موصى به حتى يعتبر خروجه من الثلث كما اذا ولدته
قبل القبول وان ولدته قبل موت الموصي لم يدخل تحت الوصية فيكون لورثته كيف ما كان والكسب
كالولد في جميع ما ذكرنا قال رحمه الله ولابنه الكافر او الرقيق في مرضه فاسلم او عتق بطل كهبته واقراره اي اذا اوصى
لابنه الكافر او لابنه الرقيق في مرضه فاسلم الابن او عتق قبل موت الاب ثم مات من ذلك المرض بطلت الوصية
له كما تبطل الهبة له والاقرار له بالدين اما الوصية فلان المعتبر فيها حالة الموت وهو وارث فيها فلا تجوز له
والهبة حكمها مثل الوصية لما عرف في موضعه واما الاقرار فان كان الابن كافرا فلا اشكال فيه لان الاقرار وقع
لنفسه وهو وارث بسبب كان ثابتا عند الاقرار وهو البنوة فيمتنع لما فيه من تهمة ايثار البعض فكان كالوصية
فصار كما اذا كان له ابن واقر لاجنبي في مرضه ثم مات الابن قبل ابيه المعروف ورثه اخوه المقر له فان الاقرار
له يكون باطلا لما ذكرنا كذا هذا بخلاف ما اذا اقر لامراة في مرضه ثم تزوجها حيث لا يبطل الاقرار لها لانها
صارت وارثة بسبب حادث والاقرار ملزم بنفسه وهي اجنبية حال صدوره فيلزم لعدم المانع من
ذلك ويعتبر من جميع المال بخلاف الوصية لها لانها ايجاب عند الموت وهي وارثة عنده فلهذا اتحد الحكم
فيهما في الوصية وافترق في الاقرار حتى لو كانت الزوجية قائمة عند الاقرار وهي غير وارثة بان كانت
نصرانية او امة ثم اسلمت قبل موته او اعتقت لا يصح الاقرار لها لقيام السبب حال صدوره وان كان
الابن عبدا فان كان عليه دين لا يصح اقراره لان الاقرار وقع له وهو وارث عند الموت فيبطل كالوصية
وان لم يكن عليه دين صح الاقرار لانه وقع للمولى اذ العبد لا يملك شيئا وقيل الهبة له جائزة لانها تمليك
في الحال وهو لا يملك فتقع للمولى وهو اجنبي فيجوز بخلاف الوصية لانها ايجاب عند الموت وهو وارث
عنده فيمتنع وفي عامة الروايات هي في المرض كالوصية فيه لانها وان كانت منجزة صورة فهي كالمضاف الى
ما بعد الموت حكما لان حكمها يتقرر عند الموت الا ترى انها تبطل بالدين المستغرق ولا تجوز فيما زاد على
الثلث والمكاتب كالحر لان الاقرار والهبة تقع له وهو وارث عند الموت فلا تجوز كالوصية قال رحمه الله
والمقعد والمفلوج والاشل والمسلول ان تطاول ذلك ولم يخف منه الموت فهبته من كل المال
لانه اذا تقادم العهد صار طبعا من طباعه كالعمى والعرج وهذا لان المانع من التصرف مرض الموت
ومرض الموت ما يكون سببا للموت غالبا وانما يكون سببا للموت اذا كان بحيث يزداد حالا فحالا الى ان
يكون اخره الموت واما اذا استحكم وصار بحيث لا يزداد ولا يخاف منه الموت لا يكون سببا للموت كالعمى
ونحوه اذ لا يخاف منه الموت ولهذا لا يشتغل بالتداوي قال رحمه الله والا فمن الثلث اي ان لم يتطاول يعتبر تصرفه
من الثلث اذا كان صاحب فراش ومات منه في ايامه لانه من ابتدائه يخاف منه الموت ولهذا يتداوى فيكون
مرض الموت وان صار صاحب فراش بعد التطاول فهو كمرض حادث به حتى تعتبر تبرعاته من الثلث والله اعلم

باب العتق في المرض

قال رحمه الله تحريره في مرضه ومحاباته وهبته وصية اي حكم
هذه التصرفات كحكم الوصية حتى تعتبر من الثلث ويزاحم اصحاب الوصايا في الضرب لا حقيقة الوصية لان
الوصية ايجاب بعد الموت وهذه التصرفات منجزة في الحال وانما اعتبرت من الثلث لتعلق حق الورثة بماله
فصار محجورا عليه في حق الزائد على الثلث وكذا كل تصرف ابتدأه المريض ايجابا على نفسه كالضمان والكفالة
فهو في حكم الوصية لانه تبرع كالهبة وكل ما اوجبه بعد الموت فهو من الثلث ولو اوجبه في حال صحته اذ المعتبر
حالة الاضافة لا حالة العقد وما نفذه من التصرف كالعتق والهبة فالمعتبر فيه حالة العقد فان كان صحيحا
فهو من جميع المال وان كان مريضا فهو من الثلث وكل مرض برئ منه فهو ملحق بحال الصحة لان حق الورثة
والغرماء لا يتعلق بماله الا في مرض موته وبالبرء تبين انه ليس بمرض الموت فلا حق لاحد في ماله
قال رحمه الله ولم يسع ان اجيز اي اذا اجازت الورثة العتق في المرض فلا سعاية على المعتق لان العتق في المرض
وصية على ما بيناه وهي تجوز باجازة الورثة فلا يلزمه شيء لان المنع لحقهم فيسقط بالاجازة على ما بينا
قال رحمه الله فان حابى فحرر فهي احق وبعكسه استويا اي اذا حابا ثم اعتق فالمحاباة اولى فان اعتق ثم حابا
فهما سواء وهو المراد بقوله وبعكسه استويا وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا رحمهما الله هما سواء في المسئلتين
والاصل فيه ان الوصايا اذا لم يكن فيها ما جاوز الثلث فكل واحد من اصحاب الوصايا يضرب بجميع وصيته
في الثلث لا يقدم البعض على البعض الا العتق الموقع في المرض والعتق المعلق بموت الموصي كالتدبير الصحيح
سواء كان مطلقا او مقيدا والمحاباة في المرض بخلاف ما اذا قال اذا مت فهو حر بعد موتي بيوم والمعنى فيه ان
كل ما يكون منفذا عقيب الموت من غير حاجة الى التنفيذ فهو في المعنى اسبق مما يحتاج الى تنفيذه بعد الموت
والترجيح يقع بالاسبق لان ما ينفذ بعد الموت من غير تنفيذ ينزل منزلة الديون فان صاحب الدين ينفرد
باستيفاء دينه اذا ظفر بجنس حقه وفي هذه الاشياء يصير مستوفيا بنفس الموت والدين مقدم على الوصية
فكذا الملحق الذي في معناه وغيرها من الوصايا قد تساوت في السبب والتساوي فيه يوجب التساوي في الاستحقاق
فاذا ثبت هذا فهما يقولان ان العتق اقوى لانه لا يلحقه الفسخ والمحاباة يلحقها الفسخ ولا معتبر بالتقديم
في الذكر لانه لا يوجب التقديم في الثبوت الا اذا اتحد المستحق واستوت الحقوق على ما يجيء بيانه وابو حنيفة
رحمه الله يقول ان المحاباة اقوى لانها تثبت في ضمن عقد المعاوضة فكانت تبرعا بمعناها لا بصيغتها حتى ياخذه
الشفيع ويملكه العبد والصبي المأذون لهما والاعتاق تبرع صفة ومعنى فاذا وجد المحاباة اولا دفعت الاضعف
واذا وجد العتق اولا وثبت وهو لا يحتمل الدفع كان من ضرورته المزاحمة وعلى هذا قال ابو حنيفة رحمه الله تعالى
اذا حابا ثم اعتق ثم حابا قسم الثلث بين المحاباتين نصفين لتساويهما ثم ما اصاب المحاباة الاخيرة قسم بينها
وبين العتق لان العتق مقدم عليها فيستويان ولو اعتق ثم حابا ثم اعتق قسم الثلث بين العتق الاول وبين
المحاباة وما اصاب العتق قسم بينه وبين العتق الثاني ولا يقال ان صاحب المحاباة يسترد ما اصاب
العتق الذي بعده في المسئلتين لكونه اولى منه لانا نقول لا يمكن ذلك لانه يلزم منه الدور بيانه ان
صاحب المحاباة الاول في المسئلة الاولى لو استرد من المعتق لكونه اولى لاسترد منه صاحب المحاباة الثاني
لاستوائهما ثم استرد المعتق لانه يساوي صاحب المحاباة الثاني وفي المسئلة الثانية لو استرد صاحب
المحاباة ما اصاب المعتق الثاني لاسترده منه المعتق الاول لانه يساويه ثم استرده صاحب المحاباة
وهكذا الى ما لا يتناهى وما السبيل في الدور قطعه وعندهما العتق اولى في الكل فلا يرد السوال عليهما
قال رحمه الله وان اوصى بان يعتق عنه بهذه المائة عبد فهلك منها درهم لم تنفذ بخلاف الحج وهذا قول
ابي حنيفة في العتق وقالا يعتق عنه بما بقي لانه وصية بنوع قربة فيجب تنفيذها ما امكن قياسا على
الوصية بالحج وله انه وصية بالعتق لعبد يشترى بمائة من ماله وتنفيذها فيمن يشترى باقل منه تنفيذ

العتق عند الامام هو حق العبد وعندهما حق الله تعالى

في غير الموصى له وذلك لا يجوز بخلاف الوصية بالحج لانها قربة محضة هي حق الله تعالى والمستحق لم يتبدل
وصار كما اذا اوصى لرجل بمائة فهلك بعضها يدفع اليه الباقي وقيل هذه المسئلة مبنية على اصل آخر
مختلف فيه وهو ان العتق حق الله تعالى عندهما حتى تقبل الشهادة فيه من غير دعوى فلم يتبدل المستحق وعنده لا
حق المستحق حتى لا تقبل فيه الشهادة من غير دعوى فاختلف المستحق وهذا البنا صحيح لان الاصل ثابت معروف
ولا سبيل لانكاره ولو اوصى بان يشترى بثلث ماله وهو الف عبد فيعتق عنه فاذا هو اقل من ذلك فالوصية
باطلة قيل هذا قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى وان كان قول الكل فالفرق لهما ان الوصية هنا وقع الشك
في صحتها فلا تصح بالشك وكذلك مسئلة الكتاب لانها كانت صحيحة فلا تبطل بالشك ولو اوصى بان يشترى
بكل ماله عبد فيعتق بطلت الوصية عنده قال رحمه الله ويعتق عبده فمات الموصي فجنى ودفع بطلت اي اذا
اوصى بعتق عبده فمات المولى فجنى العبد ودفع بالجناية بطلت الوصية لان الدفع قد صح لان حق ولي
الجناية مقدم على حق الموصي فكذا على حق الموصى له وهو العبد نفسه لانه يتلقى الملك من جهة الموصي
وملك الموصي باق الى ان يدفع وبه يزول ملكه فاذا خرج به عن ملكه بطلت الوصية كما اذا باعه الموصي
او وارثه بعد موته بالدين قال رحمه الله وان فدى لا اي لا تبطل الوصية ان فداه الورثة وكان الفداء في اموالهم
لانهم هم الذين التزموه وجازت الوصية لان العبد طهر عن الجناية فصار كان لم يجن قال رحمه الله وبثلثه لزيد
وترك عبدا فادعى زيد عتقه في صحته والوارث في مرضه فالقول للوارث ولا شيء لزيد الا ان يفضل من ثلثه
شيء او يبرهن على دعواه اي اذا اوصى بثلث ماله لزيد وله عبد واقر الموصى له والوارث ان الميت اعتق هذا
العبد فقال الموصى له اعتقه في الصحة وقال الوارث اعتقه في المرض فالقول قول الوارث ولا شيء للموصى له الا ان
يفضل من الثلث شيء او تقوم البينة ان العتق كان في الصحة لان الموصى له يدعي استحقاق ثلث ماله سوى
العبد لان العتق في الصحة ليس بوصية فينفذ من جميع المال والوارث ينكر استحقاقه ثلث ماله غير العبد
لان العتق في المرض وصية وهو مقدم على غيره من الوصايا فذهب الثلث بالعتق فبطل حق الموصى له بالثلث
فكان منكرا لاستحقاقه والقول للمنكر مع اليمين ولان العتق حادث والحوادث تضاف الى اقرب الاوقات للتيقن
بها فكان الظاهر شاهدا للورثة فيكون القول قولهم مع اليمين ولا شيء للموصى له الا ان يفضل من الثلث شيء
من قيمة العبد لانه لا مزاحم له فيه فيسلم له ذلك او تقوم له البينة ان العتق وقع في الصحة فيكون له ثلث
جميع المال سوى العبد لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة والموصى له خصم بالاجماع لانه يثبت حقه وكذا
العبد اما عند ابي حنيفة فظاهر لان العتق حق العبد على ما عرف من مذهبه فيكون خصما فيه لاثبات حقه واما عندهما
فلان العتق فيه حق العبد وان كان حقا لله تعالى فيكون بذلك خصما وهو نظير حد القذف فانه حق الله تعالى
وفيه حق المقذوف فيكون خصما بذلك وكذا السرقة الحد فيها حق الله تعالى واسترداد المال حق العبد فلا بد
من خصومته حتى يقطع السارق قال رحمه الله ولو ادعى رجل دينا اي على الميت والعبد عتقا اي في الصحة ولا مال له
غيره وصدقهما الوارث سعى في قيمته وتدفع الى الغريم وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا رحمهما الله يعتق ولا يسعى
في شيء لان الدين والعتق في الصحة ظهرا معا بتصديق الوارث في كلام واحد فصار كانهما وجدا معا ولو ثبت
ذلك بالبينة والعتق في الصحة لا يوجب السعاية وان كان على المعتق دين وله ان الاقرار بالدين اقوى
من الاقرار بالعتق ولهذا يعتبر اقراره بالدين من جميع المال وبالعتق من الثلث والاقوى يدفع الادنى فصار
كاقرار المورث نفسه بان ادعى له رجل دينا وعبده عتقا في صحته فقال في مرضه صدقتما فانه يعتق العبد
ويسعى في قيمته فكذا هذا وقضية الدفع ان يبطل العتق اصلا الا انه بعد وقوعه لا يحتمل
البطلان فيدفع من حيث المعنى بايجاب السعاية عليه ولان الدين اسبق فانه لا مانع له من الاستناد
فيستند الى حالة الصحة ولا يمكن اسناد العتق الى تلك الحالة لان الدين يمنع العتق في حالة المرض مجانا

٣٠٩

اذا اوصى بحقوق الله قدمت الفرائض

فتجب السعاية وعلى هذا الخلاف اذا مات وترك الف درهم فقال رجل لي على الميت الف درهم دين وقال
آخر هذا الالف لي كان لي عندك وديعة فعنده الوديعة اقوى وعندهما هما سواء كذا في الهداية وقال في النهاية
ذكر فخر الاسلام والكيساني الوديعة اقوى عندهما لا عنده عكس ما ذكر في الهداية ثم قال وذكر في المنظومة ما
يؤيد ما ذكر فخر الاسلام والكيساني فقال لو ترك الفا وهذا يدعي دينا وذا قال هذا وديعة والابن قد صدق
هذين معا استويا واعطيا من ادعى وجه قول من يقدم الوديعة ان الوديعة تثبت في عين الالف والدين
يثبت في الذمة اولا ثم ينتقل الى العين فكانت الوديعة اسبق فكان صاحبها احق كما لو كان المورث حيا
فقال صدقتما ووجه قول من سوى بينهما ان الوديعة لم تظهر الا مع الدين فيستويان فيتحاصان كما لو
اقر بالدين ثم بالوديعة بخلاف اقرار المورث نفسه لان اقراره بالدين يثبت في الذمة وبالوديعة يتناول
العين فيكون صاحبها اولى لتعلق حقه بها واقرار الوارث بالدين يتناول عين التركة كاقراره بالوديعة
يتناول العين فافترقا وصاحب الكافي ضعف ايضا ما ذكره في الهداية وجعل الاصح خلافه قال رحمه الله
وبحقوق الله تعالى قدمت الفرائض وان اخرها كالحج والزكاة والكفارات لان الفرض اهم من النفل والظاهر
منه البداية بالاهم قال رحمه الله وان تساوت في القوة بدئ بما بدأ به لان الظاهر من حال الموصي انه يبدأ بما هو
الاهم عنده والثابت بالظاهر كالثابت نصا فصار كانه نص على تقديمه باعتبار حاله فتقدم الزكاة على الحج
لتعلق حق العبد بها وعن ابي يوسف ان الحج يقدم عليهما لانه يقام بالمال والبدن والزكاة بالمال فقط فكان الحج
اقوى وهو قول محمد رحمه الله وهما يقدمان على الكفارة لرجحانهما عليها لانه قد جاء الوعيد فيهما ما لم يات
في غيرهما قال الله تعالى والذين يكنزون الذهب والفضة ولا ينفقونها في سبيل الله الاية وقال تعالى فتكوى
بها جباههم وجنوبهم وظهورهم وقال تعالى ومن كفر فان الله غني عن العالمين مكان قوله ومن ترك الحج الى غير ذلك
من النصوص والاخبار الواردة فيهما وكفارة القتل والظهار واليمين مقدمة على صدقة الفطر لانه عرف
وجوبها بالكتاب دون صدقة الفطر وصدقة الفطر على الاضحية للاتفاق على وجوبها دون الاضحية وعلى
هذا القياس يقدم الاقوى فالاقوى حتى تقدم كفارة القتل على كفارة الظهار واليمين لانها اقوى واكد تغليظا
منهما الا ترى ان الاسلام شرط في التحرير فيها دونهما ثم تقدم كفارة اليمين على كفارة الظهار لانها تجب بهتك
حرمة اسم الله تعالى وكفارة الظهار وجبت بايجاب حرمة على نفسه فكانت كفارة اليمين اغلظ واقوى وما ليس
بواجب قدم منه ما قدمه الموصي لما بينا والاصل فيه ان الوصايا اذا اجتمعت لا يقدم البعض على البعض الا العتق
والمحاباة على ما بينا من قبل ولا معتبر بالتقديم ولا بالتاخير ما لم ينص عليه ولهذا الموصى لجماعة على التعاقب
يستوون في الاستحقاق ولا يقدم احد على احد غير ان المستحق اذا اتحد ولم يف الثلث بالوصايا كلها يقدم
الاهم فالاهم باعتبار ان الموصي يبدأ بالاهم عادة فيكون ذلك كالتنصيص عليه لان من عليه قضاء من صلاة
او حج او صوم لا يشتغل بالنفل من ذلك الجنس ويترك القضاء عادة ولو فعل ذلك ينسب الى الحماقة فاذا
كان كذلك فلو اوصى لادمي مع الوصايا بحقوق الله تعالى وكان الادمي معينا قسم الثلث على جميع الوصايا
ما كان لله تعالى وما كان للعبد فما اصاب القرب صرف على الترتيب الذي ذكرناه ويقسم على عدد القرب ولا
يجعل الجميع كوصية واحدة لانه وان كان المقصود بجميعها وجه الله تعالى فكل واحد منها في نفسها مقصودة
فينفرد كوصايا الادميين فتكون كل جهة مستحقة بانفرادها ثم يجمع فيقدم فيها الاهم فالاهم على ما بينا وان كان
الادمي غير معين بان اوصى بالصدقة على الفقراء فلا يقسم بل يقدم الاقوى فالاقوى لان الكل يبتغى حقا
لله تعالى اذ لم يكن ثمة مستحق معين قال رحمه الله وبحجة الاسلام احجوا عنه رجلا من بلده يحج راكبا اي
اذا اوصى بحجة الاسلام احجوا عنه رجلا من بلده يحج عنه راكبا لان الواجب عليه ان يحج من بلده فيجب
عليه الاحجاج كما وجب لان الوصية لاداء ما هو الواجب عليه وانما شرط ان يكون راكبا لانه لا يلزمه

ان يحج ماشيا فوجب عليه الاحجاج على الوجه الذي لزمه قال رحمه الله ولا من حيث يبلغ اي اذا لم يبلغ الثلث النفقة اذا احجوا عنه من بلده احجوا عنه من حيث يبلغ والقياس ان لا يحج عنه لانه اوصى بالحج على صفة وقد عدمت تلك الصفة فيه ولكن جاز ذلك استحسانا لان مقصوده تنفيذ الوصية فيجب تنفيذها ما امكن ولا يمكن على هذا الوجه فيوفى به على وجه يمكن وهو اولى من ابطاله بخلاف العتق وقد قدمنا بينهما فيما اذا اوصى بان يشترى عبدا بمال قدره فضاع بعضه على قول ابي حنيفة رحمه الله قال رحمه الله ومن خرج من بلده حاجا فمات في الطريق واوصى بان يحج عنه من بلده وان احجوا عنه من موضع اخر فان كان اقرب من بلده الى مكة ضمنوا النفقة وان كان ابعد لا ضمان عليهم لانهم في الاول لم يحصلوا مقصوده بصفة الكمال والاطلاق يقتضي ذلك وفي الثاني حصلوا مقصوده وزيادة وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى وقالا يحج عنه من حيث مات استحسانا لان سفره بنية الحج وقع قربة وسقط فرض قطع المسافة بقدره وقد وقع اجره على الله لقوله تعالى ومن يخرج من بيته مهاجرا الاية ولم ينقطع سفره بموته بل يكتب له حج مبرور فيبدأ من ذلك المكان كانه من اهل ذلك المكان بخلاف ما اذا خرج من بيته للتجارة لان سفره لم يقع قربة فيحج عنه من بلده ولابي حنيفة رحمه الله ان الوصية تنصرف الى الحج من بلده لانه الواجب عليه على ما قررناه وعمله قد انقطع بالموت لقوله عليه السلام كل عمل ابن ادم ينقطع بموته الا ثلاث الحديث والمراد بالمتلو في حق احكام الاخرة من الثواب وهذا الخلاف فيمن له وطن واما من لا وطن له فيحج عنه من حيث مات بالاجماع لانه لو حج بنفسه انما كان يحج من حيث هو فكذا الاحجاج عنه ولان وطنه حيث حل قال رحمه الله والحاج عن غيره مثله اي المامور بالحج عن الغير يحج عنه فمات في الطريق فحكمه حكم الحاج عن نفسه اذا مات في الطريق حتى يحج عنه ثانيا من وطنه عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما من حيث مات الاول وقد ذكرناها في كتاب الحج والله اعلم

باب الوصية للاقارب وغيرهم

قال رحمه الله جاره ملاصقه وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وهو القياس لانه ماخوذ من المجاورة وهي الملاصقة ولهذا احمل قوله عليه السلام الجار احق بشفعته حتى لا يستحق الشفعة غير الملاصق بالجوار ولانه لما تعذر صرفه الى الجميع الا ترى انه لا يدخل فيه جار المحلة وجار الاراضي وجار القرية وجب صرفه الى اخص الخصوص وهو الملاصق وفي الاستحسان وهو قولهما جار الرجل من يسكن محلته ويجمعهم مسجد المحلة لان الكل يسمون جارا عرفا وشرعا قال عليه السلام لا صلاة لجار المسجد الا في المسجد وفسر بكل من سمع النداء ولان المقصود بالوصية للجيران ان يبرهم ويحسن اليهم واستحبابه ينتظم الملاصقين وغيرهم الا انه لا بد من الاختلاط ليتحقق معنى الاسم والاختلاط عند اتحاد المسجد وقال الشافعي رحمه الله الجار الى اربعين دارا من كل جانب لقوله عليه السلام حق الجار اربعون دارا هكذا وهكذا وهكذا قلنا هذا ضعيف عند اهل النقل فلا يمكن الاحتجاج به ويستوي في الجار الساكن والمالك والذكر والانثى والمسلم والذمي لان الاسم يتناول الكل ويدخل فيه العبد الساكن عنده لان مطلق هذا الاسم يتناوله ولا يدخل عندهما لان الوصية له وصية لمولاه وهو ليس بجار بخلاف المكاتب لان استحقاق ما في يده والاختصاص به ثبت له ولا يملك المولى الا بالتمليك منه الا ترى انه يجوز له اخذ الزكاة وان كان مولاه غنيا بخلاف القن والمدبر وام الولد والارملة تدخل لان سكناها مضاف اليها ولا تدخل التي لها بعل لان سكناها غير مضاف اليها وانما هي تبع فلم تكن جارا حقيقة قال رحمه الله واصهاره كل ذي رحم محرم من امراته لما روي انه عليه السلام لما تزوج صفية رضي الله عنها اعتق كل من ملك من ذي رحم محرم منها اكراما لها وكانوا يسمون اصهار النبي صلى الله عليه وسلم وهذا التفسير اختيار محمد وابي عبيد رحمهما الله وفي الصحاح الاصهار اهل بيت المراة ولم يقيده بالمحرم وقال الفراء في قوله تعالى وهو الذي خلق من الماء بشرا فجعله نسبا وصهرا النسب ما لا يحل نكاحه والصهر الذي يحل نكاحه كبنات العم والخال واشباههن من القرابة التي يحل

تزوجها وعن ابن عباس رضي الله عنه خلاف ذلك فانه قال حرم الله من النسب سبعا ومن الصهر سبعا حرمت عليكم امهاتكم الى قوله وبنات الاخت ومن الصهر سبعا وامهاتكم اللاتي ارضعنكم الى قوله وان تجمعوا بين الاختين قال في المغرب عقيب ذكره قاله الازهري وهذا هو الصحيح لا ارتياب فيه هذا هو المذكور في كتب اللغة وكذا يدخل فيه كل ذي رحم محرم من زوجة ابيه وزوجة ابنه وزوجة كل ذي رحم محرم منه لان الكل اصهار وشرطه ان يموت وهي منكوحته او معتدته من طلاق رجعي لا من باين سواء ورثت بان ابانها في المرض او لم ترث لان الرجعي لا يقطع النكاح والباين يقطعه وقال الحلواني الاصهار في عرفهم كل ذي رحم محرم من نسائه التي يموت هو وهن نساؤه او في عدة منه وفي عرفنا ابو المراة وامها ولا يسمى غيرهما صهرا قال رحمه الله واختانه زوج كل ذي رحم محرم منه كازواج البنات والعمات والخالات لان الكل يسمى ختنا وكذا كل ذي رحم محرم من ازواجهن لانهم يسمون اختانا وقيل هذا في عرفهم وفي عرفنا لا يتناول الا ازواج المحارم ويستوي فيه الحر والعبد قال رحمه الله واهله زوجته وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يتناول كل من يعولهم وتضمهم نفقته غيرهما ليكه اعتبارا للعرف وهو مؤيد بالنص قال الله تعالى واتوني باهلكم اجمعين وقال تعالى فنجيناه واهله الا امراته والمراد من كان في عياله ولابي حنيفة رحمه الله ان الاسم حقيقة في الزوجة يشهد بذلك النص والعرف قال الله تعالى وسار باهله وقال لاهله امكثوا ومنه قولهم تاهل ببلدة كذا والمطلق ينصرف الى الحقيقة المستعملة قال رحمه الله واله اهل بيته لان الال القبيلة التي ينسب اليها فيدخل فيه كل من ينسب اليه من قبل ابائه الى اقصى اب له في الاسلام الاقرب والابعد والذكر والانثى والمسلم والكافر والصغير والكبير فيه سواء ولا يدخل فيه اولاد البنات واولاد الاخوات ولا احد من قرابة امه لانهم لا ينسبون الى ابيه وانما ينسبون الى ابائهم فكانوا من جنس اخر ومن اهل بيت اخر لان النسب يعتبر من الاباء وجنسه اهل بيت ابيه لان الانسان يتجنس بابيه فصار كاله بخلاف قرابته حيث يدخل فيه جهة الاب والام لان الكل يسمون قرابة فلو يختص بشيء منهم وكذا اهل بيته واهل نسبه كاله وجنسه فيكون حكمه كحكمه في جميع ما ذكرنا ويدخل فيه الاب والجد لان الاب اصل النسب والجد اصل نسب ابيه وقال في الكافي لو كان الاب الاكبر حيا لا يدخل تحت الوصية لان الوصية للمضاف لا للمضاف اليه ولو اوصت المراة لجنسها او لاهل بيتها لا يدخل ولدها الا ان ولدها ينسب الى ابيه لا اليها الا ان يكون ابوه من قوم ابيها قال رحمه الله وان اوصى لاقاربه او لذوي قرابته او لارحامه او لانسابه فهي للاقرب فالاقرب من كل ذي رحم محرم منه ولا يدخل الوالدان والولد والوارث وتكون للاثنين فصاعدا وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى وقالا الوصية لكل من ينسب الى اقصى اب له في الاسلام وان لم يسلم بعد ان ادرك الاسلام او اسلم على ما اختلف فيه المشايخ وفائدة الاختلاف تظهر في مثل ابي طالب وعلي رضي الله عنه اذا وقعت الوصية لاقرباء احد من اولاد علي فمن اكتفى بادراك الاسلام صرفها الى اولاد ابي طالب ومن شرط اسلامه صرفها الى اولاد علي لا غير ولا يدخل اولاد عبد المطلب بالاجماع لانه لم يدرك الاسلام لهما ان الاسم يتناول الكل لان لفظة القريب حقيقة للكل اذ هي مشتقة من القرابة فتكون اسما لكل من قامت به فيتناول مواضع الاختلاف ضرورة ولابي حنيفة رحمه الله تعالى ان الوصية اخت الميراث وفي الميراث يعتبر الاقرب فالاقرب فكذا في اخته لان الاخت لا تخالف الاخت في الاحكام ولان المقصود من هذه الوصية تلافي ما فرط في اقامة الواجب وهو صلة الرحم والوجوب مختص بذي الرحم المحرم ولا يعتبر بظاهر اللفظ بعد انعقاد الاجماع على تركه فان كلا منهما قيده بما [illegible] يقيده بالاب الادنى ولا يدخل فيه قرابة الولاد عندنا لانهم لا يسمون اقرباء عادة ومن سمى والده قريبا كان منه عقوقا اذ القريب في عرف اهل اللغة من يتقرب الى غيره بواسطة غيره وتقرب الوالد والولد بنفسه لا بغيره ولهذا عطف القريب على الوالدين في قوله تعالى الوصية للوالدين والاقربين

والعطف المغايرة ولو كانوا منهم لما عطفوا عليهما ويدخل فيه الجد والجدة وولد الولد في ظاهر الرواية
وعن ابي حنيفة وابي يوسف انهم لا يدخلون وقيل ما ذكراه من انه يصرف الى اقصى اب له في الاسلام كان في ذلك
الزمان حين لم يكن في اقرباء الانسان الذين ينتسبون الى اقصى اب له في الاسلام كثرة فاما في زماننا ففيهم كثرة
لا يمكن احصاؤهم فتصرف الوصية الى اولاد ابيه وجده وجد ابيه واولاد امه وجدته وجدة امه ولا
يصرف الى اكثر من ذلك ويستوي فيه الحر والعبد والمسلم والكافر والصغير والكبير والذكر والانثى على المذهبين
وانما تكون للاثنين فصاعدا عنده لان المذكور فيه بلفظ الجمع وفي الميراث يراد بالجمع المثنى فكذا في
الوصية لانها اخته قال الراجي عفو ربه هذا ظاهر في الاقارب ونحوه واما في الانساب فمشكل لانه
جمع نسيب وفيه لا تدخل قرابته من جهة الام فكيف دخلوا فيه هنا قال رحمه الله فان كان له عمان وخالان
فهي لعميه لانهما اقرب كما في الارث ولفظ الجمع يراد به المثنى في الوصية على ما بينا فيكتفى بهما وهذا عند
ابي حنيفة رحمه الله وعندهما تكون بينهم ارباعا لانهما لا يعتبران الاقرب قال رحمه الله ولو عم وخالان كان له النصف
ولهما النصف اي لو كان له عم وخالان كان للعم نصف ما اوصى به وللخالين النصف لان اللفظ جمع فلا بد
من اعتبار معنى الجمع فيه وهو الاثنان في الوصية على ما عرف فيضم الى العم الخالان ليصير جمعا فيأخذ هو النصف
لانه اقرب ويأخذان النصف لعدم من يتقدم عليهما فيه بخلاف ما اذا اوصى لذي قرابته حيث تكون جميع
الوصية للعم لانه لفظ مفرد فيحرز الواحد جميع الوصية اذ هو الاقرب ولو كان له عم واحد لا غير كان له نصف
الوصية لما بينا انه لا بد من اعتبار الجمع فيه ويرد النصف الى الورثة لعدم من يستحقه لان اللفظ جمع وادناه
اثنان في الوصية فيكون لكل واحد منهما النصف فلهذا يعطى له النصف والنصف الآخر يرد الى الورثة
قال رحمه الله ولو عم وعمة استويا لان قرابتهما مستوية ومعنى الجمع قد تحقق بهما فاستحقا حتى لو كان
له اخوال معهما لا يستحقون شيئا لانهما اقرب ولا حاجة الى الضم اليهما لكمال النصاب بهما ولو انعدم المحرم
بطلت الوصية لانها مقيدة بهذا فلا بد من مراعاته وهذا كله عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما لا تبطل ولا يختص
الاعمام بالوصية دون الاخوال لما عرف من مذهبهما قال رحمه الله ولولد فلان للذكر والانثى سواء اي لو
اوصى لولد فلان فالوصية بينهم للذكر والانثى سواء لان اسم الولد يشمل الكل وليس في اللفظ شيء يقتضي
التفضيل فتكون الوصية بينهم على السواء قال رحمه الله ولورثة فلان للذكر مثل حظ الانثيين اي اذا اوصى
لورثة فلان كانت الوصية بينهم للذكر مثل حظ الانثيين لان الاسم مشتق من الوراثة وهي بين اولاده
واخواته كذلك فكذا الوصية ولان التنصيص على الاسم المشتق يدل على ان الحكم يترتب على مأخذ الاشتقاق
فكانت هي العلة الا ترى ان الله تعالى لما نص على الورثة بقوله وعلى الوارث مثل ذلك ترتب الحكم عليها
حتى وجبت النفقة بقدرها ثم شرط هذه الوصية ان يموت الموصي لورثته قبل موت الموصي حتى يعرف
وارثه من هو حتى لو مات الموصى قبل موت الموصي لورثته بطلت الوصية بخلاف ما اذا اوصى لولده
ولو كان مع الورثة موصى له آخر قسم بينهم بينة على عدد الرؤوس ثم ما اصاب الورثة جمع وقسم بينهم
للذكر مثل حظ الانثيين والله اعلم

باب الوصية بالخدمة والسكنى والثمرة

قال رحمه الله وتصح الوصية بخدمة عبده وسكنى داره مدة معلومة وابدا لان المنافع يصح تمليكها في حالة الحيوة
ببدل وبغير بدل فكذا بعد الممات لحاجته كما في الاعيان ويكون محبوسا على ملك الميت في حق المنفعة
حتى يتملكها الموصى له على ملكه كما يستوفي الموقوف عليه منافع الوقف على حكم ملك الواقف وتجوز موقتا
وغير مؤبد كما في العارية على اصلنا بخلاف الميراث فانه خلافة فيما يتملكه المورث وتفسيرها ان
يقوم الوارث مقام المورث فيما كان له وذلك في عين تبقى والمنفعة عرض يفنى وكذا الوصية
بغلة الدار والعبد جائزة لانها بدل المنفعة فالمجوز للوصية بها الحاجة وهي تشمل الكل اذا اوصى

فلو اوصى بغلة عبده او داره فاستخدم الموصى له العبد الذي اوصى بغلته بنفسه او يسكنها بنفسه قيل يجوز ذلك لان قيمة المنافع كعينها في تحصيل المقصود والاصح انه لا يجوز
لان الغلة دراهم ودنانير وقد وجبت الوصية بها وهذا الى الاستخدام والسكنى بنفسه استيفاء المنافع وهما متغايران ويتفاوتان في حق الورثة فانه لو ظهر دين يمكنهم
اداؤه من الغلة بالاسترداد منه اي من الموصى له بعد استغلاله ولا يمكنهم من المنافع بعد استيفائها بعينها هداية

لا شيء من بيان احكام الوصايا المتعلقة بالاعيان شرع في بيان احكام الوصايا المتعلقة بالمنافع واخر هذا الباب عنه لان المنافع اعراض والاعيان موجودة فكذا بـ[illegible] نهاية

انما عليك صح

محتاج الى التقرب الى الله تعالى بما يقدر عليه وكذا الموصى له محتاج الى قضاء حاجته باي شيء كان قال رحمه الله
فان خرج العبد من ثلثه سلم اليه ليخدمه لان حق الموصى له في الثلث لا يزاحمه الورثة فيه قال رحمه الله
والا اي وان لم يخرج من الثلث خدم الورثة يومين والموصى له يوما لان حقه في الثلث وحقهم في الثلثين
كما في الوصية بالعين ولا يمكن قسمة العبد اجزاء لانه لا يتجزى فصرنا الى المهاياة فيخدمهم اثلاثا هذا
اذا كانت الوصية غير موقتة فان كانت موقتة بوقت كالسنة مثلا فان كانت السنة غير معينة يخدم
الورثة يومين والموصى له يوما الى ان تمضي ثلاث سنين فاذا مضت سلم الى الورثة لان الموصى له
استوفى حقه وان كانت معينة فان مضت السنة قبل موت الموصي بطلت الوصية وان مات قبل مضيها
يخدم الموصى له يوما والورثة يومين الى ان تمضي تلك السنة فاذا مضت سلم الى الورثة وكذا الحكم
لو مات الموصي بعد مضي بعضها بخلاف الوصية بسكنى الدار اذا كانت لا تخرج من الثلث حيث تقسم عين
الدار اثلاثا للانتفاع بها لامكان قسمة عين الدار اجزاء وهو اعدل للتسوية بينهما زمانا وذاتا
وفي المهاياة تقديم احدهما زمانا ولو اقتسموا الدار مهاياة من حيث الزمان يجوز ايضا لان الحق لهم
الا ان الاول اولى لكونه اعدل وليس للورثة ان يبيعوا ما في ايديهم من ثلثي الدار لان حق الموصى له
ثابت في سكنى جميع الدار ظاهرا بان يظهر للميت مال آخر وتخرج الدار من الثلث وكذا له حق المزاحمة فيما
في ايديهم اذا خرب ما في يده والبيع يتضمن ابطال ذلك فيمنعون عنه وعن ابي يوسف لهم ذلك لانه خالص
حقهم والظاهر الاول والمعنى ما بينا قال رحمه الله وبموته يعود الى ورثة الموصي اي بموت الموصى له يعود
العبد او الدار الى ورثة الموصي لانه اوجب الحق للموصى له ليستوفي المنافع على حكم ملكه فلو انتقل الى
وارث الموصى له استحقها ابتداء من ملك الموصي بغير رضاه وذلك غير جائز قال رحمه الله ولو مات في حياة الموصي
بطلت اي لو مات الموصى له قبل موت الموصي بطلت الوصية لانها تمليك مضاف الى ما بعد الموت وفي الحال
ملك الموصي ثابت فيه ولا يتصور تملك الموصى له بعد موته فبطلت قال رحمه الله وبثمرة بستانه فمات
وفيه ثمرة له هذه الثمرة وان زاد ابدا له هذه الثمرة وما يستقبل كغلة بستانه اي اذا اوصى بثمرة
بستانه ثم مات وفيه ثمرة كان له هذه الثمرة وحدها وان قال له ثمرة بستاني ابدا كان له هذه الثمرة وثمرته
فيما يستقبل ما عاش وان اوصى له بغلة بستانه فله الغلة القائمة وغلته فيما يستقبل فحاصله انه اذا
اوصى بالغلة استحقه دائما وباو بالثمرة لا يستحق الا القائم الا اذا زاد ابدا فحينئذ يصير كالغلة فيستحقه دائما
وهو المراد بقوله وان زاد ابدا له هذه الثمرة وما يستقبل كغلة بستانه اي اذا زاد في الثمرة لفظة ابدا صار
كما اذا اوصى بغلة بستانه من غير زيادة شيء حتى يستحق الموجود وما سيوجد فيها فيحتاج الى الفرق بينهما
والفرق ان الثمرة اسم للموجود عرفا فلا يتناول المعدوم الا بدلالة زايدة مثل التنصيص على الابد
لانه لا يتأبد الا بتناول المعدوم والمعدوم مذكور وان لم يكن شيئا اما الغلة فتنتظم الموجود وما يكون
بعرض الوجود مرة بعد اخرى يقال فلان يأكل من غلة بستانه ومن غلة ارضه وداره فاذا اطلقت
تتناول الموجود والمعدوم من غير توقف على دلالة اخرى اما الثمرة فاذا اطلقت يراد بها الموجود
ولا تتناول المعدوم الا بدليل زائد عليه وانما قيده بقوله وفيه ثمرة لانه اذا لم يكن فيه في البستان
ثمرة والمسئلة بحالها فهي كمسئلة الغلة في تناولها الثمرة المعدومة ما عاش الموصى له وانما كان
كذلك لان الثمرة اسم للموجود حقيقة ولا يتناول المعدوم الا مجازا فاذا كان في البستان ثمرة عند موت
الموصي صار مستعملا في حقيقته فلا يتناول المجاز واذا لم يكن فيه ثمرة يتناول المجاز ولا يجوز
الجمع بينهما الا انه اذا ذكر لفظ الابد تناولهما عملا بعموم المجاز لا جمعا بين الحقيقة والمجاز قال رحمه الله
وبصوف غنمه وولدها ولبنها له الموجود عند موته
قال ابدا او لا اي اذا اوصى بهذه

ستة حتى يستكمل الموصى له مقدار ما عينه الموصي من الزمان وليس للموصى له بالخدمة والسكنى ان يواجر العبد والدار وكذا ليس لهما ان يخرج العبد من مصره الموصي الا ان يكون الموصى له في غير مصره فيخرجه الى اهله هنالك اذا كان يخرج من الثلث للخدمة تبيين

فلم تكن المهاياة في المعادلة مثل القسمة بالاجزاء ولذلك لا يصار الى المهاياة الا عند تعذر قسمة السكنى بالاجزاء نهاية

الثمرة غلة

يقال نخيل لا [illegible] الثمرة القائمة [illegible]

الاشيا كان له الموجود عند موته ولا يستحق ما يستحدث بعد موته سواء قال ابدا او لم يقل لان الوصية
ايجاب عند الموت فيعتبر وجود هذه الاشيا عنده فهذا هو الحرف لكن جازت الوصية في الغلة المعدومة
والثمرة المعدومة على ما بينا لانها تستحق بغير الوصية من العقود كالمزارعة والمعاملة فلان تستحق بالوصية
اولى لانها اوسع بابا من غيرها وكذا الصوف على الظهر واللبن في الضرع والولد الموجود في البطن يستحق
بجميع العقود تبعا وبالخلع مقصودا فكذا بالوصية لما ذكرنا واما المعدوم منها فلا يستحق بشيء من العقود
فكذا بالوصية ثم مسائل هذا الباب وجوه ثلاثة منها ما يقع على الموجود والمعدوم ذكر الابد او لم يذكر
كالوصية بالخدمة والسكنى والغلة والثمرة اذا لم يكن في البستان شيء من الثمرة عند موته ومنها ما يقع
على الموجود دون المعدوم ذكر الابد او لم يذكر كالوصية باللبن في الضرع والصوف على الظهر والولد في البطن
ومنها ما يقع على المعدوم والموجود ان ذكر الابد والا فعلى الموجود فقط كالوصية بثمرة بستانه وفيه ثمرة

باب وصية الذمي قال رحمه الله

ذمي جعل داره بيعة او كنيسة في صحته فمات فهي
ميراث لانه بمنزلة الوقف عند ابي حنيفة رحمه الله والوقف عنده لا يلزم فيورث فكذا هذا واما عندهما
فلان هذا معصية فلا يصح وان كان قربة في معتقدهم بقي اشكال على قول ابي حنيفة رحمه الله وهو ان هذا عندهم
كالمسجد عند المسلمين والمسلم اذا جعل داره مسجدا لا يكون له ان يبيع المسجد فوجب ان يكون الذمي فيها كذلك لانهم عندنا يتركون
وما يعتقدون وجوابه ان المسجد محرر عن حقوق الناس وصار خالصا لله تعالى ولا كذلك البيعة في
معتقدهم لانها لمنافع الناس لانهم يسكنون فيها ويدفنون فيها موتاهم فلم تصر محررة عن حقوقهم
فكان ملكه فيها ثابتا وفي هذه الصورة يورث المسجد ايضا على ما يجيء بيانه قال رحمه الله وان اوصى بذلك
لقوم مسميين فهو من الثلث اي اذا اوصى ان يبني داره بيعة او كنيسة لناس معينين فهو جائز من
الثلث لان الوصية فيها معنى الاستخلاف ومعنى التمليك فامكن تصحيحها على اعتبار المعينين قال رحمه الله
وبداره كنيسة لقوم غير مسميين صحت كوصية حربي مستامن بكل ماله لمسلم او ذمي اي اذا اوصى بداره
ان تبنى كنيسة لقوم غير مسميين صحت كما تصح وصية حربي الى اخره اما الاول وهو ما اذا اوصى ان يبني
داره كنيسة لغير معين فهو قول ابي حنيفة رحمه الله وعندهما الوصية باطلة لان هذه معصية حقيقة
وان كان في معتقدهم قربة والوصية بالمعصية باطلة لان في تنفيذها تقرير المعصية ولابي حنيفة رحمه الله
ان هذه قربة في معتقدهم ونحن امرنا ان نتركهم وما يدينون فيجوز بناء على معتقدهم الا ترى انه
لو اوصى بما هو قربة حقيقة وهو معصية في معتقدهم لا تجوز الوصية اعتبارا لاعتقادهم فكذا عكسه
ثم الفرق لابي حنيفة رحمه الله بين بنائها وبين الوصية بها ان البناء ليس بسبب لزوال الملك وانما يزول
ملك الباني بان يصير محررا خالصا لله تعالى كما في مساجد المسلمين والكنيسة لم تصر محررة لله تعالى على ما
بينا فتورث عنه بخلاف الوصية لانها وضعت لازالة الملك عن ان بثبوت مقتضى الوصية وهو الملك
امتنع فيما ليس بقربة عندهم فيبقى فيما هو قربة عندهم على مقتضاه فيزول ملكه فلا يورث قال مشايخنا
رحمهم الله هذا اذا اوصى ببنائها في القرى واما في المصر فلا يجوز بالاتفاق لانهم لا يمكنون من احداث البيعة
في الامصار وعلى هذا الخلاف اذا اوصى بان تذبح خنازيره وتطعم المشركون من غير تعيين لما ذكرنا وان
كان لقوم معينين جاز بالاتفاق على انه تمليك فحاصله ان وصايا الذمي ثلاثة اقسام منها
ما هو جائز بالاتفاق وهو ما اذا اوصى بما هو قربة عندنا وعندهم كما اذا اوصى بان يسرج في بيت
المقدس او بان يغزى الترك وهو من الروم سواء كان لقوم معينين او غير معينين لانه وصية
بما هو قربة وفي معتقدهم ايضا قربة ومنها ما هو باطل بالاتفاق وهو ما اذا اوصى بما ليس بقربة عندنا
ولا عندهم كما اذا اوصى للمغنيات والنائحات او اوصى بما هو قربة عندنا وليس بقربة في معتقدهم

كما اذا اوصى بالحج او ببناء المسجد للمسلمين او بان تسرج مساجدهم لانه معصية عندهم الا ان يكون لقوم باعيانهم
فيصح باعتبار التمليك ومنها ما هو مختلف فيه وهو ما اذا اوصى بما هو قربة عندهم وليس بقربة عندنا
كبناء الكنيسة لقوم غير معينين ونحوه فعند ابي حنيفة رحمه الله يجوز وعندهما لا يجوز وان كان لقوم
معينين يجوز بالاجماع وقد ذكرنا هذا النوع في اول الباب فحاصله ان وصيته لقوم معينين
تجوز في الكل على انه تمليك لهم وما ذكره من الجهة من تسريج المساجد ونحوه خرج منه على طريق المشورة
لا على طريق الالزام حتى لا يلزمهم ان يصرفوه في الجهة التي عينها هو بل يفعلون به ما شاؤوا لانه ملكهم
والوصية انما صحت باعتبار التمليك لهم وصاحب الهوى اذا كان لا يكفر فهو في حق الوصية بمنزلة المسلم
لانا امرنا بناء الاحكام على ظاهر الاسلام وان كان يكفر فهو بمنزلة المرتد فيكون على الخلاف المعروف في تصرفاته
قال صاحب الهداية في المرتدة الاصح انه تصح وصاياها لانها تبقى على الردة بخلاف المرتد لانه يقتل او يسلم
فجعلها كالذمية وقال السغناقي في النهاية وذكر صاحب الكتاب في الزيادات على خلاف هذا وقال بعضهم
لا تكون بمنزلة الذمية وهو الصحيح حتى لا تصح منها وصية والفرق بينها وبين الذمية ان الذمية تقر على
اعتقادها واما المرتدة فلا تقر على اعتقادها قال الراجي عفو ربه الاشبه ان تكون كالذمية فتجوز وصيتها
لانها لا تقتل ولهذا تجوز جميع تصرفاتها فكذا الوصية كانه اراد بقوله صاحب الكتاب صاحب الهداية
وذكر العتابي في الزيادات ان من ارتد عن الاسلام الى النصرانية او اليهودية او المجوسية فحكم وصاياه
حكم من انتقل اليه فما صح منهم صح منه وهذا عندهما واما عند ابي حنيفة رحمه الله فوصيته موقوفة ووصايا
المرتدة نافذة بالاجماع لانها لا تقتل عندنا وقال قاضي خان المرتدة انها كالذمية فيجوز منها ما جاز من
الذمية والاول واما الثاني وهو ما اذا اوصى الحربي لمسلم فلانه اهل التمليك منجزا كالهبة ونحوها فكذا مضافا
ولو اوصى باكثر من الثلث او بماله كله جاز لان امتناع الوصية بما زاد على الثلث لحق الورثة وليس
لورثته حق مرعي لانهم اموات في حقنا ولان حرمة ماله باعتبار الامان والامان كان لحقه لا لحق ورثته
وقد اسقط حقه فيجوز وقيل اذا كان ورثته معه لا يجوز باكثر من الثلث الا باجازتهم لانه بالامان التزم
احكامنا فصار كالذمي ولو اوصى ببعض ماله اخذت الوصية ويرد الباقي الى ورثته وكذا لو اوصى
لمستامن مثله ولو اعتق عبده عند الموت او دبره جاز ذلك كله من غير تقييد بالثلث لما بينا وكذا لو اوصى
له مسلم او ذمي بوصية جاز لانه ما دام في دار الاسلام فهو كالذمي في المعاملات ولهذا تصح عقود
التمليكات منه وتبرعاته في حال حياته فكذا بعد مماته وعن ابي حنيفة وابي يوسف وصية المسلم والذمي
للحربي المستامن لا تجوز لانه في دارهم حكما حتى يمكن من الرجوع اليها فصار كالارث والاول اظهر لان الوصية
تمليك مبتداء ولهذا تجوز للذمي والعبد بخلاف الارث ولو اوصى الذمي باكثر من الثلث او لوارثه لا يجوز
كالمسلم لانهم التزموا احكام الاسلام فيما يرجع الى المعاملات ولو اوصى لخلاف ملته جاز اعتبارا بالارث
اذ الكفر كله ملة واحدة ولو اوصى لحربي في دار الحرب لا يجوز لان الارث ممتنع لتباين الدارين فكذا
الوصية لانها اخته وعلى رواية الجامع الصغير ينبغي ان يجوز كالمسلم ولو اوصى لمستامن في دار الاسلام
ينبغي ان يكون على الروايتين المذكورتين في المسلم والله اعلم

باب الوصي قال رحمه الله

اوصى الى رجل فقبل عنده ورده عنده يرتد اي عند الموصي لان الموصي ليس له ولاية الزامه التصرف
ولا غرور فيه لانه يمكنه ان يوصي الى غيره قال رحمه الله والا اي ان لم يرده عنده بل رده في غير وجهه
لا يرتد لان الموصي مات معتمدا عليه فلو صح رده في غير وجهه لصار مغرورا من جهته فيرد رده
فبقي وصيا على ما كان كالوكيل اذا عزل نفسه في غيبة الموكل ولو لم يقبل ولم يرد حتى مات الموصي
فهو بالخيار ان شاء قبل وان شاء رد لان الموصي ليس له ولاية الالزام فبقي مخيرا
وبيعه

التركة كقبوله اى بيع الوصى التركة قبل قبول الوصية كقبوله نصا لانه دلالة الالتزام فصار قبولا
وهو معتبر بعد الموت وينفذ البيع لصدوره من الوصى سواء علم بالايصاء او لم يعلم بخلاف الوكيل حيث
لا يكون البيع من غير علم قبولا لان التوكيل انابة لثبوته فى حال قيام ولاية الموكل فلا يصح من غير علم كاثبات
الملك بالبيع والشراء فلا بد من العلم وطريق العلم به ان يخبره واحد من اهل التمييز وقد ذكرناه فيما تقدم
اما الايصاء فخلافة لانه مختص بحال انقطاع ولاية الميت فلا يتوقف على العلم كالوراثة قال رحمه الله
وان مات فقال لا اقبل ثم قبل صح ان لم يخرجه قاض منذ قال لا اقبل اى الموصى اليه ان لم يقبل حتى مات
الموصى فقال لا اقبل ثم قال اقبل فله ذلك ان لم يكن القاضى اخرجه من الوصية حين قال لا اقبل لان مجرد
قوله لا اقبل لا يبطل الايصاء لان فيه مضرة بالميت وضرر الوصى فى الابقاء مجبور بالثواب ودفع الضرر
الاول وهو اعلى اولى الا ان القاضى اذا اخرجه عن الوصية يصح ذلك لانه مجتهد فيه فكان له اخراجه
بعد قوله لا اقبل كما ان له اخراجه بعد قبوله او لانه نصب ناظرا فاذا راى غيره اصلح كان له عزله ونصب
غيره وربما يعجز هو عن ذلك فيتضرر ببقاء الوصية فيدفع القاضى الضرر عنه وينصب حافظا للمال
الميت متصرفا فيه فيندفع الضرر من الجانبين ولو قال اقبل بعدما اخرجه القاضى لا يلتفت اليه لانه قبل
بعد ما بطلت الوصية باخراج القاضى اياه قال رحمه الله والى عبد وكافر وفاسق بدل بغيرهم اى اذا
اوصى الى هؤلاء المذكورين اخرجهم القاضى ويستبدل غيرهم مكانهم وذكر القدورى ان القاضى يخرجهم
عن الوصية وهذا يدل على ان الوصية صحيحة لان الاخراج يكون بعد الدخول وذكر محمد رحمه الله فى الاصل
ان الوصية باطلة قيل معناه ستبطل وقيل فى العبد باطلة لعدم الولاية على نفسه وعلى غيره معناه
ستبطل وقيل فى الكافر باطلة ايضا لعدم ولايته على المسلم ووجه الصحة ثم الاخراج ان اصل النظر
ثابت لقدرة العبد حقيقة وولاية الفاسق على نفسه وعلى غيره على ما عرف من اصلنا وولاية
الكافر فى الجملة الا انه لم يتم النظر لتوقف ولاية العبد على اجازة مولاه وتمكنه من الحجر بعدها والمعاداة
الدينية الباعثة على ترك النظر فى حق المسلم واتهام الفاسق بالخيانة فيخرجهم القاضى عن الوصية ويقيم
غيرهم مقامهم اتماما للنظر وشرط فى الاصل ان يكون الفاسق مخوفا منه على المال لانه يكون عذرا فى
اخراجه وتبديله بغيره بخلاف ما اذا اوصى الى مكاتبه او مكاتب غيره حيث يجوز لان المكاتب فى منافعه
كالحر وان عجز بعد ذلك فالجواب فيه كالجواب فى القن والصبى كالقن فلو بلغ الصبى وعتق العبد واسلم
الكافر لم يخرجهم القاضى عن الوصية قال رحمه الله والى عبده وورثته صغار صح اى اذا اوصى الى عبد
نفسه وورثته صغار جاز الايصاء اليه وهذا عند ابى حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله لا يجوز وهو
القياس لان الولاية منعدمة لما ان الرق ينافيها ولان فيه اثبات الولاية للمملوك على المالك وهذا
قلب المشروع ولان الولاية الصادرة من الاب لا تتجزى وفى اعتبار هذه الولاية تجزيتها لانه لا يملك
بيع رقبته وهذا خلاف الموضوع ولابى حنيفة رحمه الله انه مخاطب مستبد بالتصرف فيكون اهلا
للوصاية وليس لاحد عليه ولاية فان الصغار وان كانوا ملاكا ليس لهم ولاية النظر فلا منافاة بخلاف
ما اذا كان فى الورثة كبار او الايصاء الى عبد الغير لانه لا يستبد بالتصرف اذ كان للمولى منعه بخلاف
الاول لانه ليس للقاضى ولا للصغار منعه بعد ما ثبت الايصاء اليه وكذا ليس لهم بيعه والايصاء الى المولى
اليه يؤذن بكونه ناظرا لهم فصار كالمكاتب والوصاية قد تتجزى على ما رواه الحسن عن ابى حنيفة رحمه الله
كما اذا اوصى الى رجلين احدهما يكون فى الدين والاخر فى العين [illegible]
اليه خاصة او نقول يصار اليه كيلا يؤدى الى ابطال اصله [illegible] بابطال عموم الولاية اولى
من ابطال اصل الايصاء وقول محمد فيه مضطرب يروى مع ابى حنيفة ويروى مع ابى يوسف قال رحمه الله

٣١٣

والا اى ان لم تكن الورثة صغارا بان كان كلهم او بعضهم كبارا لا يجوز الايصاء اليه لان الكبير ان
يمنعه او يبيع نصيبه فيمنعه المشترى فيعجز عن الوفاء بما التزم فلا يفيد قال رحمه الله ومن عجز عن القيام
بها ضم اليه غيره لان فى الضم رعاية الحقين حق الموصى وحق الورثة لان تكميل النظر يحصل به لان
النظر يتم باعانة غيره ولو شكى الوصى اليه ذلك فلا يجيبه حتى يعرف ذلك حقيقة لان الشاكى قد
يكون كاذبا تخفيفا على نفسه ولو ظهر للقاضى عجزه اصلا استبدل به غيره رعاية للنظر من الجانبين
ولو كان قادرا على التصرف وهو امين فيه ليس للقاضى ان يخرجه لانه مختار الميت ولو اختار غيره كان
دونه فكان ابقاؤه اولى الا ترى انه قدم على اب الميت مع وفور شفقته فاولى ان يقدم على غيره
وكذا اذا اشتكت الورثة او بعضهم الوصى اليه لا ينبغى له ان يعزله حتى تبدو له منه خيانة لانه
استفاد الولاية من الميت غير انه اذا ظهرت الخيانة فاتت الامانة والميت انما اختاره لاجلها وليس من
النظر ابقاؤه بعد فواتها وهو لو كان حيا لاخرجه منها فينوب القاضى منابه عند عجزه ويقيم غيره
مقامه كانه مات ولا وصى له قال رحمه الله وبطل فعل احد الوصيين اى اذا اوصى الى اثنين لم يكن لاحدهما
ان يتصرف فى مال الميت فان تصرف فيه فهو باطل وهذا عند ابى حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف ينفرد كل
واحد منهما بالتصرف ثم قيل الخلاف فيما اذا اوصى الى كل واحد منهما بعقد على حدة واما اذا اوصى اليهما
بعقد واحد فلا ينفرد احدهما بالاجماع كذا ذكره الكيسانى وقيل الخلاف فيما اذا اوصى اليهما معا بعقد
واحد واما اذا اوصى الى كل واحد منهما بعقد على حدة ينفرد احدهما بالتصرف بالاجماع ذكره الحلوانى
عن الصفار وقال ابو الليث وهو الاصح وبه ناخذ وقيل الخلاف فى الفصلين جميعا ذكره ابو بكر
الاسكاف وقال فى المبسوط وهو الاصح بخلاف الوكيلين اذا وكلهما متفرقا حيث ينفرد كل واحد منهما
بالتصرف بالاجماع والفرق ان ضم الثانى فى الايصاء دليل على عجز الاول عن المباشرة وحده وهذا لان
الايصاء الى الثانى يقصد به الاشتراك مع الاول وهو يملك الرجوع عن الوصية الى الاول فيملك اشراك
الثانى معه وقد يوصى الانسان الى غيره على انه يتمكن من اتمام مقصوده وحده ثم يتبين له عجزه عن
ذلك فيضم اليه غيره فصار بمنزلة الايصاء اليهما معا ولا كذلك الوكالة فان راى الموكل قائم ولو كان
الوكيل عاجزا لباشر بنفسه لتمكنه من ذلك ولما وكل علم ان مراده ان ينفرد كل واحد منهما بالتصرف
ولان وجوب الوصية عند الموت فتثبت لهما معا بخلاف الوكالة المتعاقبة فاذا ثبت ان الخلاف فيهما
معا فابو يوسف رحمه الله يقول ان الوصاية سبيلها الولاية وهى وصف شرعى لا يتجزى فيثبت لكل
واحد كملا كولاية الانكاح للاخوين وهذا لان الوصاية خلافة وانما تتحقق الخلافة اذا انتقلت
اليه على الوجه الذى كان ثابتا للموصى وقد كانت بوصف الكمال فتنتقل اليه كذلك ولان اختيار
الموصى اياهما يؤذن باختصاص كل واحد منهما بالشفقة فصار كمواضع الاستثناء ولهما ان
الولاية تثبت بالتفويض فيراعى وصف التفويض وهو وصف الاجتماع لانه شرط مفيد اذ راى
الواحد لا يكون كراى المثنى ولم يرض الموصى الا بالمثنى فصار كل واحد فى هذا السبب بمنزلة شطر العلة
وهو لا يثبت به الحكم فكان باطلا بخلاف الاخوين فى الانكاح لان السبب هناك القرابة وقد قامت
بكل واحد منهما كملا ولان الانكاح حق مستحق لها على الولى حتى لو طالبته بانكاحها من كفء يخطبها
يجب عليه وههنا حق التصرف للوصى ولهذا يبقى مخيرا فى التصرف ففى الوكيلين اوفى حقا على صاحبه
وفى الوصيين استوفى حقا لصاحبه فلا يصح نظيره الاول ايفاء دين عليهما ونظير الثانى استيفاء دين
لهما حيث يجوز فى الاول دون الثانى بخلاف مواضع الاستثناء لانها من باب الضرورة لا من باب الولاية
على ما يبينه من مواضع الضرورة مستثناة دائما وهو ما استثناه فى الكتاب واخواتها قال رحمه الله

القاضي لا يعزل مختار الميت اذا كان عدلا

في غير التجهيز وشراء الكفن لان في التاخير فساد الميت ولهذا يملكه الجيران ايضا في الحضر والرفقة في السفر
وحاجة الصغار والاتهاب لهم لانه يخاف هلاكهم من الجوع والعري وانفراد احدهما بذلك احيا الصغار
ولهذا يملكه كل من هو في يده ورد وديعة عين وقضاء دين لانه ليس من باب الولاية وانما هو من باب
الاعانة الا ترى ان صاحب الحق يملكه اذا ظفر بخلاف اقتضاء دين الميت لانه رضي بامانتهما جميعا في القبض
ولان فيه معنى المبادلة وعند اختلاف الجنس حقيقة المبادلة ورد المغصوب ورد المبيع في البيع الفاسد
من هذا القبيل وكذا حفظ المال كل ذلك ينفرد به احدهما بدون صاحبه وتنفيذ وصية معينة
وعتق عبد بعينه لانه لا يحتاج فيه الى الراي والخصومة في حقوق الميت لان الاجتماع فيه متعذر ولهذا ينفرد
بها احد الوكيلين ايضا ومن اخواتها بيع ما يخشى عليه التوى من المال وجمع الاموال الضايعة لان في
التاخير خيفة الفوات فكان فيه ضرورة لا تخفى ولانه يملكه كل من هو في يده فلم يكن من باب الولاية ولو مات
احدهما جعل القاضي مكانه وصيا اخر اما عندهما فظاهر لان الباقي منهما عاجز عن الانفراد بالتصرف فيضم
القاضي اليه وصيا نظرا للميت عند عجز الميت واما عند ابي يوسف فلان الحي منهما وان كان يقدر على التصرف
فالموصي قصد ان يخلفه وصيان متصرفان في حقوقه وذلك ممكن التحقيق بنصب وصي اخر مكان الاول
قال رحمه الله ووصي الوصي وصي في التركتين اي اذا مات الوصي فاوصى الى غيره فهو وصي في تركته وتركة
الميت الاول وقال الشافعي رحمه الله لا يكون وصيا في تركة الميت الاول لان الميت فوض اليه التصرف ولم
يفوض اليه الايصاء الى غيره فلا يملكه ولانه رضي برايه ولم يرض براي غيره فصار كوصي الوكيل فانه
يكون وصيا في مال الوكيل خاصة دون مال الموكل ولان العقد لا يقتضي مثله الا ترى ان الوكيل ليس له
ان يوكل ولا المضارب ان يضارب فكذا الوصي ليس له ان يوصي في مال الموصي اليه ولنا ان الوصي يتصرف
بولاية منتقلة اليه فيملك الايصاء الى غيره كالجد الا ترى ان الولاية التي كانت ثابتة للموصي تنتقل الى
الوصي ولهذا يقدم على الجد ولو لم تنتقل اليه لما تقدم عليه كالوكيل لما لم تنتقل اليه الولاية لا يتقدم
على الجد بل يتقدم عليه الجد وينعزل بموت الموكل وجنونه جنونا مطبقا فاذا انتقلت اليه الولاية
ملك الايصاء والذي يوضح ذلك ان الولاية التي كانت للموصي تنتقل الى الجد في النفس والى الوصي في المال
ثم الجد قام مقام الاب فيما انتقل اليه حتى ملك الايصاء فيه فكذا الوصي وهذا لان الايصاء اقامة غيره مقامه
فيما له من الولاية وعند الموت كانت له ولاية في التركتين فينزل الثاني منزلته في التركتين ولا نسلم
انه لم يرض براي من اوصى اليه الوصي بل وجد ما يدل عليه لانه لما استعان به في ذلك مع علمه ان
تعتريه المنية صار راضيا بايصائه الى غيره لا سيما على تقدير حصول الموت قبل تتميم مقصوده
وهو تلافي ما فرط فيه بخلاف الوكيل لان الموكل حي يمكنه ان يحصل مقصوده بنفسه فلم توجد دلالة
الرضى بالتفويض الى غيره بتوكيل او ايصاء قال رحمه الله وتصح قسمته عن الورثة مع الموصى له ولو عكس لا
اي قسمة الوصي مع الموصى له عن الورثة جايزة وعكسه لا يجوز وهو ما اذا قاسم الوصي الورثة عن
الموصى له لان الوارث خليفة الميت حتى يرد بالعيب ويرد عليه به ويصير مغرورا بشراء المورث والوصي
ايضا خليفة الميت فيكون خصما عن الوارث اذا كان غايبا فنفذت قسمته عليه حتى لو حضر الغايب وقد هلك
ما في يد الوصي ليس له ان يشارك الموصى له اما الموصى له فليس بخليفة عن الميت من كل وجه لانه ملكه
بسبب جديد ولهذا لا يرد بالعيب ولا يرد عليه ولا يصير مغرورا بشراء الموصي فلا يكون خصما عنه
عند غيبته حتى لو هلك ما فرز له عند الوصي كان له ثلث ما بقي لان القسمة [illegible] عليه غير ان الوصي
لا يضمن لانه امين فيه وله ولاية الحفظ في التركة كما اذا [illegible] القسمة فيكون له
ثلث الباقي لان الموصى له شريك الوارث فيتوى ما توى من المال المشترك على الشركة ويبقى ما بقي على الشركة

اي يملك صاحب الدين اخذه اذا كان من جنس حقه فلما ملك اخذه من غير تسليم احد لم يكن التسليم من باب الولاية بخلافه

بخلاف ما اذا كانت الوصية غير معينة فانه لا ينفرد احدهما بتنفيذها مسكين

حتى لو هلك حق الورثة في يدهم لم يرجع على الموصى له بشيء مسكين

ولا فرق في ذلك بين ان تكون الورثة كبارا او صغارا لان له ولاية البيع في مال الصغير والقسمة
في معنى البيع وله ولاية الحفظ في مال الكبار فجاز له بيعه للحفظ الا العقار فانه محفوظ بنفسه
فلا يجوز له بيعه وهذا في معنى البيع فلا يضمن قال رحمه الله فلو قاسم الورثة واخذ نصيب الموصى له فضاع
رجع بثلث ما بقي اي لو قاسم الوصي الورثة واخذ نصيب الموصى له فضاع ذلك في يده رجع الموصى له
بثلث ما بقي لما بينا ان الموصى له شريك الورثة فيرجع الموصى له على ما في ايدي الورثة ان كان باقيا
فياخذ ثلثه لعدم صحة القسمة في حقه وان هلك في ايديهم فله ان يضمنهم قدر ثلث ما قبضوا وان
شاء ضمن الوصي ذلك القدر لانه متعد فيه بالدفع اليهم والورثة بالقبض فيضمن ايهما شاء قال رحمه الله
وان اوصى الميت بحجة فقاسم الورثة فهلك ما في يده او دفع الى من يحج عنه فضاع في يده حج عن الميت
بثلث ما بقي اي اذا اوصى بان يحج عنه فقاسم الوصي الورثة فهلك ما في يد الوصي يحج عن الميت من ثلث
ما بقي وكذلك ان دفعه الى رجل ليحج عنه فضاع ما دفع اليه يحج عنه بثلث الباقي وهذا عند ابي حنيفة
رحمه الله وقال ابو يوسف ان كان المفرز مستغرقا الثلث بطلت الوصية ولم يحج عنه وان لم يكن مستغرقا الثلث
يحج عنه بما بقي من الثلث الى تمام ثلث الجميع وقال محمد رحمه الله لا يحج عنه بشيء وقد ذكرناه في المناسك
قال رحمه الله وصح قسمة القاضي واخذه حظ الموصى له ان غاب اي ان غاب الموصى له لان الوصية صحيحة
وان كان قبل القبول ولهذا لو مات الموصى له قبل القبول تصير الوصية ميراثا لورثته والقاضي ناظر
في حق العاجز وافراز نصيب الغايب وقبضه من النظر فينفذ ذلك عليه فصح حتى لو حضر الغايب وقد
هلك المقبوض في يد القاضي او امينه لم يكن له على الورثة سبيل ولا على القاضي وهذا في المكيل والموزون
لانه افراز ومعنى المبادلة فيه تابع حتى جاز اخذه لاحد الشريكين من غير قضاء ولا رضاء وكذا يجوز بيع
نصيبه مرابحة واما ما لا يكال ولا يوزن فلا يجوز لان القسمة فيه مبادلة كالبيع وبيع مال الغير لا يجوز
فكذا القسمة قال رحمه الله وبيع الوصي عبدا من التركة بغيبة الغرماء اي صح بيع الوصي عبدا لاجل الغرماء
لان الوصي قايم مقام الموصي ولو تولاه بنفسه حال حياته يجوز بيعه وان كان مريضا مرض الموت بغير حضرة
من الغرماء فكذا الوصي لقيامه مقامه وهذا لان حق الغرماء متعلق بالمالية لا بالصورة والبيع لا يبطل
المالية لفواتها الى خلف وهو الثمن بخلاف العبد الماذون له في التجارة حيث لا يجوز للمولى بيعه لان للغرماء فيه
حق الاستيفاء بخلاف ما نحن فيه قال رحمه الله وضمن الوصي ان باع عبدا اوصي ببيعه وتصدق بثمنه ان استحق
بعد هلاك ثمنه عنده معناه اذا اوصى ببيع عبده والتصدق بثمنه على المساكين فباعه الوصي وقبض الثمن
فضاع الثمن في يده وهو المراد بالهلاك المذكور في المختصر ثم استحق العبد بعد ذلك ضمن الوصي الثمن للمشتري
لانه هو العاقد فتكون العهدة عليه وهذه عهدة لان المشتري منه لم يرض ببذل الثمن الا ليسلم له المبيع
ولم يسلم فقد اخذ البايع وهو الوصي مال الغير بغير رضاه فيجب عليه رده قال رحمه الله ويرجع في تركة الميت
لانه عامل له فيرجع به عليه كالوكيل وكان ابو حنيفة رحمه الله يقول اولا لا يرجع الوصي على احد لانه تبين
بطلان الوصية باستحقاق العبد فلم يكن عاملا للورثة فلا يرجع عليهم بشيء ثم رجع الى ما ذكر هنا ويرجع في
جميع التركة وعن محمد رحمه الله انه يرجع في الثلث لان الرجوع بحكم الوصية فاخذ حكمها ومحل الوصية الثلث
وجه الظاهر انه لا يرجع عليه بحكم الوصية بل بحكم الغرور وذلك دين عليه والدين يقضى من جميع التركة
بخلاف القاضي وامينه اذا تولى البيع حيث لا عهدة عليه لان في الزامها القاضي تعطيل القضاء لانه يمتنع
عن التقلد [illegible] خشية لزوم الضمان فتتعطل مصلحة العامة وامينه سفير عنه كالرسول
ولا كذلك الوصي لانه بمنزلة الوكيل وقد مر في اخر كتاب القضاء وان كانت التركة قد هلكت او لم يكن بها
وفاء لم يرجع بشيء كما في [illegible] وفي المنتقى لا يرجع الوصي في مال الميت بشيء وانما يرجع على المساكين

ولا سيما في حق الموتى والغيب ومن النظر [illegible]

لانه لاحق للغرماء [illegible] من غير حضرتهم [illegible]

الذي لتصدق عليهم بالثمن لان غرضه عليهم فكان غرضه عليهم قال رحمه الله وفي مال الطفل ان باع عبده واستحق وهلك الثمن في يده اي اذا باع الوصي مال الصغير وقبض الثمن وهلك في يده واستحق المال المبيع رجع في مال الصغير لانه عامل له قال رحمه الله وهو على الورثة في حصته اي الصبي يرجع على الورثة بحصته لانتقاض القسمة باستحقاق ما اصابه قال رحمه الله وصح احتياله بماله لو خيرا اي يجوز احتيال الوصي بمال اليتيم اذا كان خيرا بان يكون الثاني املى اذ الولاية نظرية وان كان الاول املى لا يجوز لان فيه تضييع مال اليتيم على بعض الوجوه وهو على تقدير ان يحكم بسقوطه حاكم يرى سقوط الدين اذا مات الثاني مفلسا او جحد الحوالة ولم يكن عليه بينة ولا يرى رجوع الدين على الاول قال رحمه الله وبيعه وشراؤه بما يتغابن اي يجوز بيع الوصي وشراؤه بما يتغابن الناس في مثله ولا يجوز بما لا يتغابن الناس لان الولاية نظرية ولا نظر في الغبن الفاحش بخلاف اليسير لانه لا يمكن التحرز عنه ففي اعتباره انسداد بابه بخلاف العبد والصبي المأذون لهما في التجارة والمكاتب حيث يجوز بيعهم وشراؤهم بالغبن الفاحش عند ابي حنيفة رحمه الله لانهم يتصرفون بحكم المالكية والاذن فك الحجر والوصي يتصرف بحكم النيابة الشرعية نظرا فيتقيد بموضع النظر وعندهما لا يملكونه لان التصرف بالغبن الفاحش تبرع وهم ليسوا من اهله ولا ضرورة اليه وهذا اذا تبايع الوصي للصغير مع الاجنبي واما اذا اشترى شيئا من مال اليتيم لنفسه او باع شيئا منه من نفسه جاز عند ابي حنيفة واحدى الروايتين عن ابي يوسف اذا كان لليتيم فيه منفعة ظاهرة وتفسيره ان يبيع ما يساوي خمسة عشر بعشرة من الصغير او يشتري ما يساوي خمسة عشر بعشرة للصغير من نفسه واما اذا لم يكن فيه منفعة ظاهرة لليتيم فلا يجوز وعلى قول محمد واظهر الروايات عن ابي يوسف انه لا يجوز على كل حال هذا في وصي الاب واما وصي القاضي فلا يجوز بيعه من نفسه بكل حال لانه وكيل والاب ان اشترى شيئا من مال الصغير لنفسه اذا لم يكن فيه ضرر على الصغير بان كان بمثل القيمة او بغبن يسير قال المتأخرون من اصحابنا لا يجوز للوصي بيع عقار الصغير الا ان يكون على الميت دين او يرغب المشتري فيه بضعف الثمن او يكون الصغير محتاجا الى الثمن قال الصدر الشهيد وبه يفتى قال رحمه الله وبيعه على الكبير في غير العقار اي بيع الوصي على الكبير الغائب جائز في كل شيء الا في العقار لان الاب يلي ما سوى العقار ولا يليه فكذا وصيه لانه يقوم مقامه وكان القياس ان لا يملك الوصي غير العقار ايضا ولا الاب كما لا يملكه على الكبير الحاضر الا انه لما كان فيه حفظ ماله جاز استحسانا فيما يتسارع اليه الفساد لان حفظ ثمنه ايسر وهو يملك الحفظ فكذا وصيه واما العقار فمحفوظ بنفسه فلا حاجة فيه الى البيع ولو كان عليه دين باع العقار ثم ان كان الدين مستغرقا باع كله بالاجماع وان لم يكن مستغرقا باع بقدر الدين عندهما لعدم الحاجة الى الاكثر من ذلك وعند ابي حنيفة رحمه الله جاز له بيعه كله لانه يبيعه بحكم الولاية فاذا ثبتت في البعض ثبتت في الكل لانها لا تتجزى ولو خيف هلاكه يملك بيعه لانه تعين حفظا كالمنقول والاصح انه لا يملك لانه نادر قال رحمه الله ولا يتجر في ماله اي الوصي لا يتجر في مال اليتيم لان المفوض اليه الحفظ دون التجارة ووصي الاخ او العم او الام في مال تركه ميراثا للصغير بمنزلة وصي الاب في الكبير الغائب لان الوصي قائم مقام الموصي وكان للموصي ان يتصرف في مال نفسه فكذا الوصيه ان يبيعه للحفظ بخلاف مال اخر غير ما تركه الموصي حيث لا يملك الوصي بيعه لان الوصي قائم مقام الموصي وليس لاحد من هؤلاء التصرف في مال الصغير فكذا الوصي بخلاف الاب او الجد اب الاب حيث يكون له ولاية التصرف في مال الصغير مطلقا من غير تقييد لما تركه ميراثا له لانه قائم مقام الموصي ولهذا كان للجد التصرف في جميع ماله فكذا الوصيه قال رحمه الله ووصي الاب احق بمال الطفل من جده وقال الشافعي رحمه الله الجد احق لان الشرع اقامه مقام الاب عند عدمه حتى احرز ميراثه فيتقدم على وصيه ولنا ان ولاية الاب تنتقل

اليه بالايصا فكانت ولايته قايمة معنى فيتقدم عليه كالاب نفسه وهذا لان اختياره الوصي مع علمه بوجود الجد يدل على ان تصرفه انظر لاولاده من تصرف الجد قال رحمه الله فان لم يوص الاب فالجد كالاب لانه اقرب الناس اليه واشفقهم عليه حتى ملك الانكاح دون الوصي غير انه ان اوصى الاب يقدم عليه الوصي في التصرف في المال لما بيناه دون غيره وان لم يوص يبقى على حاله والله اعلم

فصل في الشهادة

قال رحمه الله شهد الوصيان ان الميت اوصى الى زيد معهما لغت اي بطلت الشهادة لانهما يجران نفعا لانفسهما باثبات المعين لهما فترد للتهمة فاذا ردت ضم القاضي اليهما ثالثا لان في ضمن شهادتهما اقرارا منهما بوصي اخر معهما الميت واقرارهما حجة على انفسهما فلا يتمكنان من التصرف بعد ذلك بدونه فصار في حقهما بمنزلة ما لو مات احد الاوصياء الثلاث وجاز ذلك للقاضي مع وجود الوصي لامتناع تصرفهما بدونه فصار كانه مات ولم يوص الى احد فيضم اليهما ثالثا ليمكنهم التصرف قال رحمه الله الا ان يدعي زيد اي يدعي انه وصي معهما فحينئذ تقبل شهادتهما وهذا استحسان والقياس ان لا تقبل كالاول وجه الاستحسان انه يجب على القاضي ان يضم اليهما ثالثا على ما بينا انفا فتسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عليه فيكون وصيا معهما بنصب القاضي اياه كما اذا مات ولم يترك وصيا فانه ينصب وصيا ابتداء فهذا اولى قال رحمه الله وكذا الابنان اي اذا شهد الابنان ان اباهما اوصى الى رجل وهو ينكر لا تقبل شهادتهما لانهما يجران نفعا الى انفسهما بنصب حافظ للتركة فكانا متهمين فلا تقبل شهادتهما لقول شريح رضي الله عنه لا اقبل شهادة خصم ولا مريب اي متهم وان ادعى المشهود له الوصاية تقبل استحسانا على انه نصب وصي ابتداء على ما ذكرنا في شهادة الوصيين بذلك بخلاف ما اذا شهدا ان اباهما وكل هذا الرجل بقبض ديونه بالكوفة حيث لا تقبل سواء ادعى الرجل الوكالة او لم يدع لان القاضي لا يملك نصب الوكيل عن الحي بطلبهما ذلك بخلاف الوصية قال رحمه الله وكذا لو شهدا لوارث صغير بمال اي لو شهد الوصيان لوارث صغير بمال فشهادتهما باطلة لانهما يثبتان ولاية التصرف لانفسهما في ذلك المال فصارا متهمين او خصمين قال رحمه الله او لكبير بمال الميت اي او شهد الوصيان لوارث كبير بمال الميت لا تقبل شهادتهما ايضا لانهما يثبتان ولاية الحفظ وولاية بيع المنقول لانفسهما عند غيبة الوارث بخلاف شهادتهما للكبير في غير التركة لانقطاع ولايتهما عنه لان الميت اقامهما مقام نفسه في تركته لا في غيرها بخلاف ما اذا كان الوارث صغيرا في الوجهين حيث لا تقبل شهادتهما في الكل لان لوصي الاب التصرف في مال الصغير جميعه فيكونان متهمين فلهذا لم يقيده بالمال الموروث منه في حق الصغير وقيده به في الكبير وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا اذا شهدا للوارث كبير يجوز في الوجهين اي في تركة الموصي وغيره لان ولاية التصرف لا تثبت لهما في مال الميت اذا كانت الورثة كبارا فعريت عن التهمة بخلاف ما اذا كان صغيرا على ما بينا والحجة عليهما ما بيناه قال رحمه الله ولو شهد رجلان لرجلين على ميت بدين الف درهم وشهد الاخران للاولين بمثله تقبل وان كانت شهادة كل فريق بوصية الف لا وهذا عند محمد رحمه الله وقال ابو يوسف لا تقبل في الدين ايضا ويروى ابو حنيفة مع محمد ويروى مع ابي يوسف وعن ابي يوسف مثل قول محمد وروى الحسن عن ابي حنيفة انهم اذا جاؤوا معا وشهدوا فالشهادة باطلة وان شهد اثنان ثم اثنين فقبلت شهادتهما ثم ادعى الشاهدان بعد ذلك على الميت بالف درهم فشهد لهما الاولان لا تقبل وجه قول محمد رحمه الله ان الدين يجب في الذمة وهي قابلة للحقوق شتى فلا شركة فيه اذا لم يجب بسبب واحد ولهذا يختص احدهما بما قبض ولا يكون للاخر حق المشاركة ولا ينتقل بالموت عن الذمة الى التركة الا ترى ان التركة لو هلكت لا يسقط الدين وان للوارث ان يستخلص التركة بقضاء الدين من محل اخر فلو تمكن في التركة فصار كما اذا شهد الفريقان في حال حياته بخلاف الوصية فان حق الموصى له يتعلق بعين التركة حتى لا يبقى بعد هلاك التركة وليس للوارث ان يستخلص التركة ويعطيه من محل اخر ولو قبض احد الفريقين شيئا

كان للفريق الاخر حق المشاركة فكان كل فريق مثبتا لنفسه حق المشاركة في التركة فلا تصح شهادتهما ولابي يوسف رحمه الله ان الدين بالموت يتعلق بالتركة لخراب الذمة ولهذا لا يثبت الملك فيها للوارث ولا ينفذ تصرفه فيها اذا كانت مستغرقة بالدين فشهادة كل فريق تلاقي محلا مشتركا فصار نظير مسئلة الوصية فلا تقبل بخلاف الشهادة في حالة الحياة لان الدين في ذمته لبقايها لا في المال فلا تتحقق الشركة وجه رواية الحسن انهما اذا جاءا معا كان ذلك بمعنى المعاوضة فتتفاحش التهمة فترد بخلاف ما اذا كانا على التعاقب لان الاول قد مضى وثبت به الحق بلا تهمة والثاني لا يزاحمه الاول عند صلوته فصار كالاول والوصية بجزء شايع كالوصية بالدراهم المرسلة فيما ذكرنا من الاحكام حتى لا تقبل فيها شهادة الفريقين لانها تثبت الشركة ولو شهد رجلان انه اوصى لرجلين بعين كالعبد وشهد المشهود لهما انه اوصى للشاهدين بثلث ماله او بالدراهم المرسلة فهي باطلة لان الشهادة في هذه الصورة مثبتة للشركة بخلاف ما اذا رجلان لرجلين انه اوصى لهما بعين وشهد المشهود لهما للشاهدين الاولين انه اوصى لهما بعين اخر حيث تقبل الشهادة لانه لا شركة فلا تهمة والله اعلم

كتاب الخنثى

قال رحمه الله هو من له فرج وذكر اي الخنثى من له فرج المراة وذكر الرجل يلحق به من عري عن الالتين جميعا وهو في اللغة يدل على التكسر واللين ومنه يقال الخنث في كلامه اذا لان وتكسر اعلم ان الله تعالى خلق البشر ذكرا وانثى كما قال تعالى وبث منهما رجالا كثيرا ونساء وقال عز وجل يهب لمن يشاء اناثا ويهب لمن يشاء الذكور وقد بين حكم كل واحد منهما ولم يبين حكم من هو ذكر وانثى فدل انه لا يجتمع الوصفان في شخص واحد وكيف يجتمعان وهما متضادان وقد جعل علامة التمييز بينهما الالة ثم قد يقع الاشتباه بان توجد الالتان ولا يوجد التمييز فقال رحمه الله فان بال من الذكر فغلام وان بال من الفرج فانثى لانه عليه السلم سئل عنه كيف يورث فقال من حيث يبول وعن علي رضي الله عنه مثله وروي ان قاضيا من العرب في الجاهلية رفع اليه هذه الواقعة فجعل يقول هو رجل وامراة فاستبعد قومه ذلك فتحير ودخل بيته فجعل يتقلب على فراشه ولا ياخذه النوم لحيرته وكانت له بنية تغمز رجله فسالته عن تفكره فاخبرها بذلك فقالت دع المحال واتبع الحكم المبال فخرج الى قومه فحكى لهم ذلك فاستحسنوه فعرف بذلك ان هذا الحكم كان في الجاهلية فاقره الشرع ولان البول من اي عضو كان فهو دليل على انه هو العضو الاصلي الصحيح والاخر بمنزلة العيب وذلك انما يقع به الفصل عند الولادة في الادمي وفي ساير الحيوانات لان منفعة تلك الالة خروج البول منها وذلك عند انفصاله من امه وما سوى ذلك من المنافع يحدث بعده فعلم بذلك انه هو الاصلي قال رحمه الله وان بال منهما فالحكم للاسبق لانه دليل على انه هو العضو الاصلي ولانه كما خرج البول حكم بموجبه لانه علامة تامة فلا يتغير بعد ذلك بخروج البول من الالة الاخرى قال رحمه الله فان استويا في السبق فمشكل لعدم المرجح قال رحمه الله ولا عبرة بالكثرة وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ينسب الى اكثرهما بولا لانه يدل على انه هو العضو الاصلي ولان للاكثر حكم الكل في اصول الشرع فيترجح بالكثرة وله ان كثرة ما يخرج ليس بدليل على القوة لان ذلك لاتساع المخرج وضيقه لا لانه هو العضو الاصلي ولان نفس الخروج دليل بنفسه فالكثرة من جنسه لا يقع به الترجيح عند المعارضة كالشاهدين والاربعة وقد استقبح ابو حنيفة رحمه الله اعتبار ذلك فقال وهل رايت قاضيا يكيل البول بالاواقي قال رحمه الله فان بلغ وخرجت له لحية او وصل الى النساء فرجل وكذا اذا احتلم من الذكر لان هذه علامات الذكور قال رحمه الله وان ظهر له ثدي او لبن او حبل او امكن وطيه فامراة لان هذه علامات النساء وان لم يظهر له علامة او تعارضت فمشكل لعدم ما يوجب الترجيح وعن الحسن انه تعد اضلاعه فان كان ضلع الرجل يزيد على ضلع المراة بواحدة قال رحمه الله فيقف بين صف الرجال والنساء لانه يحتمل ان يكون ذكرا ويحتمل ان يكون انثى فان كان ذكرا افسد صلوته بالوقوف في صف النساء او تبطل صلوة من يحاذيه

ان كان انثى فلا يتخلل الرجال ولا النساء وان وقف في صف النساء فان كان بالغا يعيد صلوته حتما وان كان مراهقا يستحب له ان يعيد والاصل في احكامه ان يوخذ بالاحوط فالاحوط ويعيد الذي عن يمينه ويساره والذي خلفه الصلوة احتياطا لاحتمال انه امراة ويستحب ان يصلي بقناع لاحتمال انه امراة ولو كان بالغا حرا يجب عليه ذلك ويجلس في صلوته جلوس المراة لانه ان كان رجلا فقد ترك سنة وهو جايز في الجملة وان كان امراة فقد ارتكبت مكروها بجلوسه جلوس الرجال قال رحمه الله وتبتاع له امة تختنه يعني من ماله لانه يجوز لمملوكته النظر اليه مطلقا ان كان ذكرا وللضرورة ان كان انثى ويكره ان يختنه رجل لاحتمال انه انثى او امراة لاحتمال انه ذكر فكان الاحتياط فيما ذكرنا انه لا يحرم على تقدير ان يكون ذكرا وعلى تقدير ان يكون انثى لان نظر الجنس الى الجنس اخف قال رحمه الله وان لم يكن له مال فمن بيت المال ثم تباع لان بيت المال اعد لنوايب المسلمين فتدخل في ملكه بقدر الحاجة وهي حاجة الختان فاذا ختنته تباع ويرد ثمنها الى بيت المال ولو تزوج امراة فختنته ثم طلقها جاز لانه ان كان ذكرا صح النكاح وان كان انثى فنظر الجنس اخف ثم يفرق بينهما لاحتمال انه انثى فلا نكاح بينهما وتطلق لاحتمال انه ذكر فيصح النكاح بينهما فتحصل الفرقة ثم تعتد ان خلا بها احتياطا ويكره له لبس الحرير والحلي وان ينكشف قدام الرجال او قدام النساء وان يخلو به غير محرم من رجل او امراة وان يسافر من غير محرم او مع امراة من محارمه لاحتمال انه امراة فيكون سفر امراتين بلا محرم كل ذلك احتراز عن ارتكاب المحرم وان احرم وهو مراهق قال ابو يوسف لا علم لي في لباسه لانه ان كان ذكرا يكره له لبس المخيط وان كان انثى يكره له تركه وقال محمد رحمه الله يلبس لباس المراة لان ترك لبس المخيط وهو امراة افحش من لبسه وهو رجل ولا شي عليه لانه صغير لم يبلغ ولو حلف بطلاق او عتاق ان كان اول ولد تلده غلاما فولدت خنثى لم يقع شي حتى يستبين امره لان الحنث لم يثبت بالشك ولو قال كل عبد لي حر او قال كل امة لي حرة وله مملوك خنثى لا يعتق حتى يستبين امره لما قلنا وان قال القولين جميعا عتق للتيقن باحد الوصفين لانه ليس بمهمل وان قال الخنثى انا رجل او امراة لم يقبل قوله اذا كان مشكلا لانه دعوى بلا دليل وذكر في النهاية معزيا الى الذخيرة ان قال الخنثى المشكل انا ذكر او انثى كان القول قوله لان الانسان امين في حق نفسه والقول قول الامين ما لم يعرف خلاف ما قال الا ترى ان المعتدة اذا قالت انقضت عدتي وانكر الزوج كان القول قولها ما لم يعرف خلاف قولها بان قالت في مدة لا تنقضي في مثلها العدة والاول ذكره في الهداية وان مات قبل ان يستبين امره لم يغسله رجل ولا امراة لان حل الغسل غير ثابت بين الرجال والنساء فيتوقف لاحتمال الحرمة وييمم بالصعيد لتعذر الغسل ولا يحضر هو غسل رجل ولا امراة لاحتمال انه ذكر او انثى ويستحب ان يسجى قبره لانه ان كان انثى اقيم واجب وان كان ذكرا لا يضره التسجية واذا اراد ان يصلي عليه وعلى رجل وامراة وضع الرجل مما يلي الامام والخنثى خلفه والمراة خلف الخنثى فيوخر عن الرجل لاحتمال انه امراة ويقدم على المراة لاحتمال انه رجل ولو دفن مع رجل في قبر واحد للعذر جعل خلف الرجل لاحتمال انه امراة ويجعل بينهما حاجز من صعيد ليكون في حكم القبرين وكذا في الرجلين اذا دفنا في قبر واحد وان دفن مع امراة قدم الخنثى لاحتمال انه رجل وان جعل على السرير نعش المراة فهو احب لاحتمال انه عورة ويكفن في خمسة اثواب كما تكفن المراة فهو احب لاحتمال انه انثى ويدخل قبره ذو رحم محرم منه لاحتمال انه انثى قال رحمه الله وله اقل النصيبين اي لو مات ابوه كان له الاقل من نصيب الذكر ومن نصيب الانثى فانه ينظر نصيبه على انه ذكر وعلى انه انثى فيعطى الاقل منهما وان كان محروما على احد التقديرين فلا شي له مثاله اخوان لاب وام احدهما خنثى مشكل كان المال بينهما اثلاثا للاخ الثلثان وللخنثى الثلث فيقدر انثى لانه اقل ولو قدر ذكرا كان له النصف ولو تركت

وان صلى بغير قناع يعيدها استحبابا وان لم يعدها جاز لانه قبل البلوغ صبي مسكين ع

لان الستر على النساء واجب ما امكن هدايه

ه
وهذا اذا كان مراهقا اما اذا لم يكن فلا باس به لانه ان كان صبيا فلا باس للرجل ان يختنه وكذا ان كانت صبية لانها غير مشتهاة وبسبب الشهوة يحرم النظر الى الفرج وكذا لا باس للمراة ان تختنه ايضا لانه ان كانت صبية فلا باس لها ان تختنها او كانت مراهقة فاذا كانت غير مراهقة وهي لا تشتهي اولى وان كان صبيا فكذلك لانه لا يشتهي وبسبب الشهوة يحرم النظر للمراة الى فرج الاجنبي شاهان

ليس المراد من الكشف ابداء موضع العورة لان ذلك لا يحل لغير الخنثى بل المراد ان لا يكون في ازار واحد نهايه

ه
اي اذا كان مراهقا حتى يستبين امره لتوهم ان يكون امراة والمراة عورة مستورة نهايه

ط
لقوله عليه السلم الا لا يخلون الرجل بامراة ليس منها بسبيل فان ثالثهما الشيطان نهايه

اي الايجابين جميعا بان قال كل عبد لي وكل امة لي حرة عتق لانه عند الجمع يتيقن ان الايجاب يتناوله وعند الانفراد لا يتيقن بذلك نهايه

ه
ومقتضى الدليل ان تبقى مشكلة لعدم امكان ترجيح احد الجانبين على الاخر نهايه

بالاتفاق هدايه

امراة زوجا واما واختا لاب وام هي خنثى كان للزوج النصف وللام الثلث وللخنثى ما بقي وهو السدس
على انه عصبة لانه اقل ولو قدر انه انثى كان له النصف وكانت المسئلة تعول الى ثمانية ولو
تركت زوجا واما واخوين من ام واخا لاب وام هو خنثى كان للزوج النصف وللام السدس وللاخوين
لام الثلث ولا شيء للخنثى لانه عصبة ولم يفضل له شيء ولو قدر انه انثى كان له النصف وعالت المسئلة
الى تسعة ولو ترك الرجل ولد اخ هو خنثى وعما لاب وام او لاب كان المال للعم ويقدر الخنثى انثى
لان بنت الاخ لا ترث ولو قدر ذكرا كان المال له دون العم لان ابن الاخ مقدم على العم وقال الشعبي
للخنثى نصف ميراث ذكر ونصف ميراث انثى وعن ابن عباس رضي الله عنهما مثله لانه مجهول والتوزيع على
الاحوال في القسمة طريق معهود في الشرع كما في العتق المبهم والطلاق المبهم اذا تعذر البيان فيه بموت المولى
قبل البيان ولنا ان الحاجة الى اثبات المال ابتداء فلا يثبت مع الشك في وجوب المال بسبب اخر غير الميراث
بخلاف المستشهد به لان فيه سبب الاستحقاق متيقن به وهو الانشاء السابق ومحليته كل واحد من العبدين
والمراتين بحكم ذلك السبب ثابتة لكل واحد منهما على السواء من غير ترجيح احدهما على الاخر وفيما نحن فيه
الشك وقع في سبب الاستحقاق لان وصف الذكورة والانوثة لسبب الاستحقاق المقدر وان كان اصل
القرابة سببا لاصل الارث والمزاحم للخنثى متيقن لسبب استحقاقه فلا يجوز ابطاله ولا انتقاصه بالشك
قال رحمه الله ولو مات ابوه وترك ابنا له سهمان وللخنثى سهم لانه الاقل وهو متيقن فيستحقه وعلى قول الشعبي
نصف ميراث ذكر ونصف ميراث انثى واختلف ابو يوسف ومحمد في تخريج قول الشعبي فقال ابو يوسف المال
بينهما على سبعة اسهم اربعة للذكر وثلاثة للخنثى اعتبر نصيب كل واحد منهما حالة انفراده فان الذكر
لو كان وحده كان له كل المال والخنثى لو كان وحده ان كان ذكرا كان له كل المال وان كان انثى كان له نصف المال
فيأخذ نصف النصيبين نصف الكل ونصف النصف وذلك ثلاثة ارباع المال وللابن كل المال فيجعل
كل ربع سهما فيبلغ سبعة اسهم للابن اربعة وللخنثى ثلاثة وانما كان كذلك لان الابن يستحق الكل عند
الانفراد والخنثى ثلاثة الارباع وليس للمال كل وثلاثة ارباع فيضرب كل واحد منهما بجميع حقه اعتبارا
لطريق العول والمضاربة وقال محمد رحمه الله المال بينهما على اثني عشر سهما سبعة للابن وخمسة للخنثى
يعتبر هو نصيب كل واحد منهما في حالة الاجتماع فيقول لو كان الخنثى ذكرا كان المال بينهما نصفين ولو كان
انثى كان اثلاثا فالقسمة على تقدير ذكورته من اثنين وعلى تقدير انوثته من ثلاثة وليس بينهما موافقة
فيضرب احدهما في الاخر فيبلغ ستة للخنثى على تقدير انه انثى سهمان وعلى تقدير انه ذكر ثلاثة فله نصف
النصيبين وليس للثلاثة نصف صحيح فتضرب الستة في اثنين فيبلغ اثني عشر فيكون للخنثى ستة على تقدير
انه ذكر واربعة على انه انثى فيأخذ نصف النصيبين خمسة لان نصف الستة ثلاثة ونصف الاربعة اثنان
هو اعتبر الاحوال في كل حادثة في حق الخنثى وفي حق غيره ايضا من الورثة حتى يأخذ كل واحد من الورثة نصف ما
يصيبه على التقديرين الا ترى ان الابن يأخذ في هذه المسئلة سبعة لان نصيب الابن على تقدير ان الخنثى
ذكر ستة وعلى تقدير انه انثى ثمانية فنصف النصيبين سبعة ولو كان معهما بنت فعند ابي يوسف رحمه الله
تكون المسئلة من تسعة لان نصيب البنت النصف حالة انفرادها وللابن الكل وللخنثى ثلاثة ارباع حالة
الانفراد كل منهما فيجعل كل ربع سهما فيبلغ تسعة وعند محمد رحمه الله من مائة وعشرين لانه على تقدير انه ذكر كان له
خمسان فله نصفه وهو الخمس وعلى تقدير انه انثى كان له ربع فله نصفه وهو الثمن فمخرج الخمس من خمسة
ومخرج الثمن من ثمانية وليس بينهما موافقة فيضرب احدهما في الاخر فيبلغ اربعين ... المسئلة
فللخنثى خمسها ثمانية وثمنها خمسة فاجتمع له ثلاثة عشر سهما وللبنت على تقدير الخنثى انثى ربع عشرة
وعلى تقدير انه ذكر الخمس ثمانية فيكون لها نصف النصيبين تسعة وللخنثى على تقدير انه ذكر خمسان وهو ستة عشر

وعلى تقدير انه انثى ربع وهو عشرة فيكون له نصف النصيبين ثلاثة عشر وللابن خمسان على تقدير ذكورته
ونصف على تقدير انوثته فله نصف النصيبين ثمانية عشر وعلى هذا التخريج لو كان اكثر من ذلك على المذهبين
فابو يوسف يجعل لكل بنت سهمين ولكل ابن اربعة ولكل خنثى ثلاثة ولو كان معهم ذو فرض ... ومحمد
يقسم المال بينهم باعتبار تلك الحادثة على التقديرين ويعطي لكل واحد منهم نصف نصيبه على التقديرين
ولو كان معهم ذو سهم اخذ سهمه وقسم الباقي بينهم على ما ذكرنا على المذهبين ويروى عن ابي يوسف
مثل قول الشعبي قالوا رجع اليه اخرا وقال شمس الائمة خرجا قول الشعبي ولم يأخذا به ولو اوصى
رجل لما في بطن فلانة بالف درهم ان كان ذكرا وبخمسمائة ان كان انثى فولدت خنثى اعطي الاقل ويوقف
الباقي حتى يتبين امره وعلى قياس قول الشعبي يجب له سبعمائة وخمسون نصف النصيبين
وعندنا يعطى الاقل وهو خمسمائة ومن احكام الخنثى المشكل انه لو قبله رجل بشهوة لم يتزوج امه
الا اذا تبين انه ذكر لاحتمال انه انثى فيثبت به حرمة المصاهرة وكذا اذا قبلته امراة لم تتزوج
بابيه لما ذكرنا وان زوجه ابوه او مولاه امراة او رجلا لا يحكم بصحته حتى يتبين حاله انه رجل او امراة
فاذا ظهر انه خلاف ما زوج به تبين ان العقد كان صحيحا والا فباطل لعدم مصادفة المحل وكذا اذا
زوج الخنثى من خنثى احدا لا يحكم بصحة النكاح حتى يظهر ان احدهما ذكر والاخر انثى وان ظهر انهما ذكران
او انثيان بطل النكاح ولا يتوارثان اذا مات قبل التبيين لان الارث لا يجري الا بعد الحكم بصحة النكاح
ولا حد على قاذفه بمنزلة المجبوب والرتقاء اذا قذفا لانه ان كان رجلا فهو كالمجبوب اذ لا يمكنه ان يجامع
وان كان امراة فهو كالرتقاء لانه لا يجامع واذا قطعت يده او قطع هو يد رجل او امراة فلا يجب فيه القصاص
لان القصاص لا يجري في الاطراف بين الرجل والمراة فلا يجب بالشك وكذا اذا قطع هو يد عبد او قطعه
عبد او كان هو رقيقا فقطعت يده لان القصاص لا يجري بين الحر والعبد ولا بين العبدين لما بينا في قبل
بخلاف ما اذا قتل او قتل هو بعد البلوغ حيث يجب القصاص لانه لا يمتنع بالرق ولا بالانوثة على ما بينا
وفي الشهادة يجعل انثى لانه المتيقن

مسائل شتى قال رحمه الله

ايماء الاخرس وكتابته
كالبيان بخلاف معتقل اللسان في وصية ونكاح وطلاق وبيع وشراء وقود وقال الشافعي رحمه الله يجوز
كتابته في وايماؤه في الوجهين لان العجز انما هو العجز وهو شامل للفصلين ولا فرق بين ان يكون
اصليا او عارضا كالوحشي والمتوحش من الاهلي في حق الذكوة والفرق لنا ان الاشارة انما تقوم مقام
العبارة اذا صارت معهودة وذلك في الاخرس دون المعتقل لسانه حتى لو امتد ذلك وصارت له اشارات
معلومة كان بمنزلة الاخرس ولان التفريط جاء من قبله حيث اخر الوصية الى هذا الوقت بخلاف الاخرس
لانه لا تفريط من جهته ولان العارض على شرف الزوال دون الاصلي فلا يقاس احدهما على الاخر وفي الاكدة
عرفناه بالنص وهو ما روي عن رافع ابن خديج ان بعيرا من ابل الصدقات ند فرماه رجل بسهم فسمى فقال
عليه السلام ان لها اوابد كاوابد الوحش فاذا افلت شيئا منها فافعلوا بها كما فعلتم بهذا ثم كلوه
ثم قيل الامتداد هنا التمر تأتي بسنة وذكر الحاكم ابو محمد رواية عن ابي حنيفة رحمه الله فقال ان دامت العقلة
الى وقت الموت يجوز اقراره بالاشارة ويجوز الاشهاد عليه لانه عجز عن النطق بمعنى لا يرجى زواله
فكان كالاخرس قالوا وعليه الفتوى واذا كان ايماء الاخرس وكتابته كالبيان وهو النطق باللسان
تلزمه الاحكام بالاشارة والكتابة حتى يجوز نكاحه وطلاقه وعتاقه وبيعه وشراؤه الى غير ذلك من
الاحكام لان الاشارة تكون بيانا من القادر فما ظنك من العاجز الا ترى انه عليه السلام كان افصح العرب
ومع هذا ابان بالاشارة بقوله الشهر هكذا الحديث والكتابة ممن نأى بمنزلة الخطاب ممن دنى
الا ترى انه عليه السلام بلغ الرسالة الى الغيب بالكتاب فيكون ذلك حجة عليهم كما اذا بلغهم بالعبارة

فاذا كان الكتاب كالخطاب عند العجز ففي حق الاخرس اولى لان عجزه اظهر و الزم عادة لان الغايب يقدر
على الحضور بل عجز ظاهر او الاخرس لا يقدر على النطق و الظاهر بقاوه على الدوام ثم الكتاب على
ثلاث مراتب مستبين مرسوم وهو ان يكون معنونا اي مصدرا بالعنوان وهو ان يكتب في صدره
من فلان الى فلان على ما جرت به العادة في تسيير الكتاب فيكون هذا كالنطق فيلزم حجة ومستبين غير
مرسوم كالكتابة على الجدران واوراق الاشجار او على الكاغد لا على وجه الرسم فان هذا يكون لغوا
لانه لا عرف في اظهار الامر بهذا الطريق فلا يكون حجة الا بانضمام شيء اخر اليه كالنية والاشهاد عليه
والاملاء على الغير حتى يكتبه لان الكتابة قد تكون للتجربة وقد تكون للتحقيق وبهذه الاشياء تتعين
الجهة وقيل الاملاء من غير اشهاد لا يكون حجة والاول اظهر وغير مستبين كالكتابة على الهواء او الماء
وهو بمنزلة كلام غير مسموع ولا يثبت به شيء من الاحكام وان نوى قال رحمه الله لا في حد اي لا يكون اشارته
وكتابته كالبيان في الحدود لانها تندرئ بالشبهة لكونها حق الله تعالى فلا حاجة الى اثباتها ولعله
كان مصدقا للقاذف ان قذف هو فلا يتيقن بطلبه الحد وان كان هو القاذف فقذفه ليس بصريح
والحد لا يجب الا بالقذف بصريح الزنى وفي القصاص اعتبر طلبه لانه حق العبد وحق العبد لا يختص
بلفظ دون لفظ وقد يثبت بدون اللفظ كالتعاطي وهذا لان الحد لا يثبت ببيان فيه شبهة الا ترى
ان الشهود لو شهدوا بالوطي الحرام لا يجب الحد عليه ولو شهدوا بالقتل المطلق او اقر بمطلق القتل يجب
عليه القصاص وان لم يوجد لفظ التعمد وهذا لان القصاص فيه معنى المعاوضة لانه شرع جابرا فجاز ان
يثبت مع الشبهة كسائر المعاوضات التي هي حق العبد اما الحدود الخالصة حقا لله تعالى شرعت زاجرة وليس
فيها معنى البدلية اصلا فلا تثبت مع الشبهة لعدم الحاجة وذكر في كتاب الاقرار ان الكتاب من الغايب ليس
بحجة في قصاص يجب عليه ويحتمل ان يكون الجواب في الاخرس كذلك فيكون في الغايب والاخرس روايتان
ويحتمل ان يكون مفارقا لذلك لان الغايب يمكنه الوصول في الجملة فيعتبر بالنطق ولا كذلك الاخرس
لتعذر النطق في حقه للافة التي به فدلت المسئلة على ان الاشارة معتبرة وان كان قادرا على الكتابة
بخلاف ما توهمه بعض اصحابنا رحمهم الله ان الاشارة لا تعتبر مع القدرة على الكتابة قالوا لان الاشارة حجة
ضرورية ولا ضرورة مع القدرة على الكتابة قلنا كل واحد منهما حجة ضرورية ففي الكتابة زيادة
بيان لم يوجد في الاشارة لان قصد البيان في الكتابة معلوم حسا وعيانا وفي الاشارة زيادة اثر لم يوجد
في الكتابة لان الاصل في البيان هو الكلام لانه وضع له والاشارة اقرب اليه لان العلم الحاصل بها حاصل بما
هو متصل بالمتكلم وهو اشارته بيده او راسه فصارت اقرب الى النطق من اثار الاقلام فاستويا ولا يقدم
على الاخرس بل غيره ولهذا ذكره بكلمة او وهي للتخيير وقالوا فيمن صمت يوما او يومين الحكم كالمعتقل لسانه
حتى لا يجوز بالايماء والكتابة به اقراره وقيل هذا تفسير لمعتقل اللسان قال رحمه الله غنم مذبوحة وميتة
فان كانت المذبوحة اكثر تحرى واكل والا لا وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز الاكل في حالة الاختيار بالتحري وان كانت
المذبوحة اكثر لان التحري دليل ضروري فلا يصار اليه من غير ضرورة ولا ضرورة لان الكلام في حالة الاختيار
ولنا ان الغلبة تنزل منزلة الضرورة في افادة الاباحة الا ترى ان اسواق المسلمين لا تخلو عن المحرم من مسروق
ومغصوب ومع ذلك يباح التناول اعتمادا على الظاهر وهذا لان القليل منه لا يمكن التحرز عنه ولا
يستطاع الامتناع عنه فسقط اعتباره دفعا للحرج كقليل النجاسة في البدن او الثوب بخلاف ما اذا كانت
الميتة اكثر او استويا لانه لا ضرورة اليه لقلته فيمكن الاحتراز قال رحمه الله لف ثوب نجس رطب في ثوب طاهر
يابس فظهرت رطوبته على الثوب الطاهر لكن لا يسيل لو عصر لا يتنجس وكذا اذا لم يتقاطر منه شيء بالعصر
لو ينفصل منه شيء وانما يبتل ما يجاوره بالنداوة وبذلك لا يتنجس وذكر المرغيناني ان كان اليابس هو الطاهر

اي الكتابة المتعارفة وهي الكتابة على الطرس شاهان
في الحاضر والغايب على ما قالوا هداية
اي تطلب منه النية فيه لانه بمنزلة صريح الكتابة فلا بد من النية هداية

يتنجس لانه ياخذ بللا من النجس الرطب وان كان اليابس هو النجس والطاهر الرطب لا يتنجس لان اليابس
النجس ياخذ بللا من الطاهر ولا ياخذ الرطب من اليابس شيئا ويحمل على ان مراده فيما
اذا كان الرطب ينفصل منه شيء وفي لفظه اشارة اليه حيث نص على اخذ البلة وعلى هذا اذا نشر الثوب
المبلول على حبل نجس وهو يابس لا يتنجس الثوب لما ذكرنا من المعنى وقال قاضيخان في فتاواه اذا نام الرجل
على فراش فاصابه مني ويبس وعرق الرجل وابتل الفراش من عرقه ان لم يظهر اثر البلل في بدنه لا يتنجس
جسده وان كان العرق كثيرا حتى ابتل الفراش ثم اصاب بلل الفراش جسده وظهر اثره في جسده يتنجس بدنه
وكذا الرجل اذا غسل رجله فمشى على ارض نجسة بغير مكعب فابتل الارض من بلل رجله واسود وجه الارض
لكن لم يظهر اثر بلل الارض في رجله فصلى جازت صلاته وان كان بلل الماء في الرجل كثيرا حتى ابتل به وجه الارض
وصار طينا ثم اصاب الطين رجله لا تجوز صلوته ولو مشى على ارض نجسة رطبة ورجله يابسة تتنجس
قال رحمه الله راس شاة ملطخ بالدم احرق وزال عنه الدم فاتخذ منه مرقة جاز والحرق كالغسل لان النار تاكل
ما فيه من النجاسة حتى لا يبقى فيه شيء او تحيله فيصير الدم رمادا فيطهر بالاستحالة ولهذا لو احرقت العذرة
وصارت رمادا طهرت للاستحالة كالخمر اذا تخللت وكالخنزير اذا وقع في المملحة وصار ملحا وعلى هذا قالوا
اذا تنجس التنور يطهر بالنار حتى لا يتنجس الخبز وكذلك اذا تنجست ممسحة الخباز تطهر بالنار قال رحمه الله
سلطان جعل الخراج لرب الارض جاز وان جعل العشر لا وهذا عند ابي يوسف رحمه الله وقال ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله
لا يجوز فيهما لانهما حق لجماعة المسلمين ولابي يوسف ان صاحب الخراج له حق في الخراج فصح تركه عليه وهو صلة
من الامام والعشر حق الفقراء على الخصوص كالزكوة فلا يجوز تركه عليه وعلى قول ابي يوسف الفتوى قال رحمه الله
ولو دفع الاراضي المملوكة الى قوم ليعطوا الخراج جاز معناه ان اصحاب الخراج اذا عجزوا عن زراعة الارض
واداء الخراج دفع الامام الاراضي الى غيرهم بالاجرة اي يوجر الاراضي القادرين على الزراعة وياخذ الخراج
من اجرتها فان فضل شيء من اجرتها يدفعه الى اصحابها وهم الملاك لانه لا وجه الى ازالة ملكهم بغير رضاهم
من غير ضرورة ولا وجه الى تعطيل حق المقاتلة فتعين ما ذكرنا فان لم يجد من يستاجرها باعها الامام لمن يقدر
على الزراعة لانه اذا لم يبعها يفوت حق المقاتلة في الخراج اصلا ولو باع يفوت حق المالك في العين والفوات
الى خلف كلا فوات فيبيع تحقيقا للنظر من الجانبين وليس له ان يملكها غيرهم بغير عوض ثم اذا باعها الامام
ياخذ الخراج الماضي من الثمن ان كان عليهم خراج ويرد الفضل الى اصحابها ثم قيل هذا قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله
لان عندهما القاضي يملك بيع مال المديون بالدين والنفقة واما عند ابي حنيفة رحمه الله فلا يملك ذلك
فلا يبيعها لكن يامرهم او كلها ببيعها وقيل هذا قول الكل والفرق لابي حنيفة بين هذا وبين غيره من الديون
ان في هذا الزام ضرر خاص لنفع العام ولازالة الضرر عن العام وذلك جائز عنده الا ترى انه يرى
الحجر على الطبيب الجاهل والمفتي الماجن والمكاري المفلس لدفع الضرر عن العامة فكذا ضرر تعطيل الخراج يرجع
الى العامة فجاز ما ذكرنا لدفعه ولان الخراج حق متعلق برقبة الارض فصار كدين العبد الماذون له في التجارة
ودين الميت في التركة فان القاضي يملك البيع فيهما لتعلق الحق بالرقبة فكذا هذا وذكر في النوادر عن ابي حنيفة
ان اهل الخراج اذا هربوا ان شاء عمرها الامام من بيت المال والغلة للمسلمين وان شاء دفع الى قوم واطعمهم
على شيء فكان ما ياخذ للمسلمين لان فيه حفظ الخراج على المسلمين والملك على اربابها فاذا عمرها من بيت المال
يكون قدر ما ينفق في عمارتها قرضا لان الامام مامور بتنمية بيت المال باي وجه تهيا له قال رحمه الله ولو
نوى قضاء رمضان ولم يعين اليوم صح ولو عن رمضانين كقضاء الصلوة وان لم ينو اول صلوة عليه او اخر
صلوة عليه معناه لو كان عليه قضاء صوم يوم او اكثر من رمضان واحد فقضاه ناويا عنه ولم
يعين انه عن يوم كذا جاز وكذا الاصام وان نوى عن يومين او اكثر جاز عن يوم واحد ولو نوى عن

فيه قضاء رمضان ولم يعين اليوم صح

رمضانين ايضا يجوز وكذا قضاء الصلوة يجوز وان لم يعين الصلوة ويومها ولم ينو اول صلوة
عليه او اخر صلوة عليه وهذا قول بعض المشايخ والاصح انه يجوز في رمضان واحد ولا يجوز في رمضانين
ما لم يعين انه صايم عن رمضان سنة كذا على ما بينا وكذا في قضاء الصلوة لا يجوز ما لم يعين الصلوة
ويومها بان يعين ظهر يوم كذا مثلا ولو نوى اول ظهر عليه او اخر ظهر عليه جاز لان الصلوة تعينت
بتعيينه وكذا الوقت يعين بكونه اولا او اخرا فان نوى اول صلوة عليه وصلى فما يليه يصير اولا ايضا
فيدخل في نيته اول ظهر عليه ثانيا وكذا ثالثا الى ما لا يتناهى وكذا الاخر وهذا مخلص من لم يعرف الاوقات
التي فاتته او اشتبهت عليه او اراد التسهيل على نفسه والاصل فيه ان الفروض متزاحمة فلا بد من تعيين
ما يريد اداوه حتى تبرأ ذمته عنه لان فرضا من الفروض لا يتادى بنية فرض اخر فلهذا وجب التعيين
بالنية والشرط تعيين الجنس بالنية لانها شرعت لتمييز الاجناس المختلفة ولهذا لا يكون التعيين في الجنس
الواحد لغوا لعدم الفايدة والتصرف اذا لم يصادف محله يكون لغوا ويعرف اختلاف الجنس باختلاف
السبب والصلوات كلها من قبيل المختلف حتى الظهرين من يومين او العصرين من يومين لان وقت الظهر من يوم
غير وقت الظهر من يوم اخر حقيقة وحكما لان الخطاب لم يتعلق بوقت يجمعهما بل بدلوك الشمس ونحوه
والدلوك في يوم غير الدلوك في يوم اخر بخلاف صوم رمضان لانه متعلق بشهود الشهر لقوله تعالى
فمن شهد منكم الشهر فليصمه وهو واحد لانه عبارة عن ثلاثين يوما بلياليها فلذلك لا يحتاج فيه الى
التعيين صوم يوم كذا حتى لو كان عليه قضاء يوم بعينه فصامه بنية يوم اخر وكان عليه صوم يومين
او اكثر فصام ناويا عن قضاء يومين او اكثر جاز بخلاف ما اذا نوى عن رمضانين او عن رمضان اخر
حيث لا يجوز عن واحد منهما لاختلاف السبب فصار كما اذا نوى ظهرين او ظهرا عن عصر او نوى ظهر يوم
السبت وعليه ظهر يوم الخميس وعلى هذا اداء الكفارات لا يحتاج فيها الى التعيين ان كانت من جنس واحد
وان كانت من اجناس فلا بد منه وقد ذكرنا تفاصيلها في كفارة الظهار وذكر في المحيط في كتاب الكفارات
ان نية التعيين في الصلوة تشترط باعتبار ان الواجب مختلف متعدد بل باعتبار ان مراعات الترتيب لا يحصل
الا بنية التعيين حتى لو سقط الترتيب بكثرة الفوايت يكفيه نية الظهر لا غير وهذا مشكل وما ذكره
اصحابنا مثل قاضيخان وغيره خلاف ذلك وهو المعتمد لما ذكرنا من المعنى ولان الامر لو كان كما قاله لجاز
مع وجوب الترتيب ايضا لامكان صرفه الى الاول اذ لا يجب التعيين عنده ولا يفيد **قال رحمه الله** ابتلع
بزاق غيره كفر لو صديقه والا اي اذا ابتلع الصايم بزاق غيره فان كان بزاق صديقه يجب عليه
الكفارة وان لم يكن صديقه يجب عليه القضاء دون الكفارة لان الريق تعافه النفس وتستقذره ان
كان من غير صديقه فصار كالعجين ونحوه مما تعافه الانفس وان كان من صديقه لا تعافه فصار
كالخبز والثريد ونحو ذلك مما تشتهيه الانفس **قال رحمه الله** قتل بعض الحاج عذر في ترك الحج لان امن
الطريق شرط الوجوب او شرط الاداء على ما بينا من المناسك ولا يحصل ذلك مع قتل بعض الحاج في طريق
الحج فكان عذرا في ترك الحج فلا ياثم بذلك وقد ذكرناها مستوفاة في المناسك وذكرنا الخلاف فيها
فلا نعيدها **قال رحمه الله** منعها زوجها عن الدخول عليها وهو يسكن معها في بيتها نشوز لانها حبست
نفسها منه بغير حق فلا تجب النفقة لها ما دامت على منعه فيتحقق النشوز منها فصار كحبسها نفسها
في منزل غيرها هذا اذا منعته ومرادها السكنى في منزلها وان كان المنع لينقلها الى منزله لا تكون ناشزة
لان السكنى واجبة لها عليه فكان حبسها نفسها منه بحق فلا تسقط نفقتها لان التقصير جاء من جهته
فصار كما اذا حبست نفسها لاستيفاء مهرها بخلاف ما اذا حبست بسبب دين عليها او غصبها غاصب
وذهب بها لان الفوات ليس من قبلها وبخلاف ما اذا كانت ساكنة معه في منزله ولم تمكنه من الوطي

الفروض متزاحمة فلا بد من تعيين ما يريد اداءه لان فرضا لا يتادى بنية فرض اخر

كرمضان

الكفارات اذا اختلفت يحتاج فيها الى التعيين

معذورا

لانه يمكنه الوطي كرها غالبا فلا يعد منعا **قال رحمه الله** ولو سكن في بيت الغصب فامتنعت لا اي لا تكون
ناشزة لانها محقة اذ السكنى فيه حرام **قال رحمه الله** قالت لا اسكن مع امتك واريد بيتا على حدة ليس لها
ذلك لانه لا بد له ممن يخدمه فلا يمكن منعه من ذلك **قال رحمه الله** قالت مرا طلاق ده فقال داده گير وكرده گير
او داده باد وكرده باد ينوي به الطلاق يقع ولو قال داده است وكرده است يقع نوى او لا
ولو قال داده انگار وكرده انگار لا يقع وان نوى وي مرا نشايد تا قيامت او همه عمر لا يقع الا بالنية حيلة
زنان كي اقرار بالثلث حيلة خوش كني لو كا بين توي بخشيدم مرا ان حيل بارد ان طلقها سقط المهر والا فلا
قال رحمه الله قال لعبده يا مالكي او قال لامته انا عبدك لا يعتق لانه ليس بصريح العتق ولا كناية له فلا يكون
فيه شيء مما يقتضي العتق بخلاف قوله يا مولاي لان حقيقته تنبئ عن ثبوت الولاء على العبد وذلك
بالعتق فيعتق لانه يمكن اثباته من جهته وقوله يا مالكي او انا عبدك حقيقته ينبئ عن ثبوت الملك
للعبد على المولى وذلك لا يمكن اثباته من جهة المولى لا مقصودا لعدم قدرته على ذلك ولا مقتضى لان
من شرطه ان يثبت المقتضي فيثبت في ضمنه المقتضى وثبوت المقتضي وهو الملك متعذر لما ذكرنا فلا يثبت
المقتضى بدونه **قال رحمه الله** العقار المتنازع فيه لا يخرج من يد ذي اليد ما لم يبرهن المدعي اي اذا ادعى
عقارا لا يكفي بذكر المدعي انه في يد المدعى عليه وبتصديق المدعى عليه في ذلك بل لا بد من اقامة
البينة انه في يد المدعى عليه حتى يصح دعواه او علم القاضي في الصحيح لان يد المدعى عليه لا بد منه لتصح
الدعوى عليه اذ هو شرط فيها ويحتمل ان يكون في يد غيره فباقامة البينة تنتفي تهمة المواضعة فامكن
القضاء عليه باخراجه من يده لتحقق يده بخلاف المنقول لان اليد فيه مشاهدة فلا يحتاج الى اثباتها
بالبينة **قال رحمه الله** عقار لا في ولاية القاضي لا يصح قضاؤه فيه **قال رحمه الله** اذا قضى القاضي في حادثة ببينة
ثم قال رجعت عن قضائي او بدا لي غير ذلك او وقعت في تلبيس الشهود او ابطلت حكمي ونحو ذلك
لا يعتبر والقضاء ماض ان كان بعد دعوى صحيحة وشهادة مستقيمة لان رايه الاول قد ترجح بالقضاء
فلا ينقض باجتهاد مثله ولا يملك الرجوع عنه ولا ابطاله لانه تعلق به حق الغير وهو المدعي الا ترى
ان الشاهد لما اتصل بشهادته القضاء لا يصح رجوعه ولا يملك ابطالها لما ذكرنا فكذا القاضي وقال
الشعبي كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقضي بالقضاء ثم ينزل القران بعد الذي قضى بخلافه فلا يرد قضاءه
ويستانف وقال صاحب المحيط وهذا يدل على ان القاضي اذا قضى بالاجتهاد في حادثة لا نص فيها ثم
تحول رايه فانه يقضي في المستقبل بما هو احسن عنده ولا ينقض ما مضى من قضائه لان حدوث
الاجتهاد والراي دون نزول القران والنبي صلى الله عليه وسلم لم ينقض القضاء الذي مضى بالراي بالقران
الذي نزل بعده فهذا اولى بخلاف ما اذا قضى باجتهاده في حادثة ثم تبين نص بخلافه فانه ينقض
ذلك القضاء ورسول الله صلى الله عليه وسلم قضى باجتهاده ونزل القران بخلافه ومع ذلك لم ينقض قضاءه
الاول والفرق ان القاضي حال ما قضى باجتهاده فالنص الذي هو يخالف لاجتهاده كان موجودا منزلا
الا انه خفي عليه وكان الاجتهاد في محل النص فلا يصح والنبي صلى الله عليه وسلم حال ما قضى باجتهاده كان
الاجتهاد في محل لا نص فيه فصح وصار ذلك شريعة له فاذا نزل القران بخلافه صار ناسخا لتلك الشريعة
قال رحمه الله قوم لم يسال رجلا عن شيء فاقر به وهم يرونه ويسمعون كلامه وهو لا يراهم جازت شهادتهم
عليه بذلك الاقرار لان الاقرار موجب بنفسه وقد علموه وهو الركن في اطلاق اداء الشهادة قال الله تعالى
الا من شهد بالحق وهم يعلمون وقال عليه السلام اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع **قال رحمه الله** وان سمعوا
كلامه ولم يروه لا اي لا تجوز شهادتهم لان النغمة تشبه النغمة فيحتمل ان يكون المقر غيره فلا يجوز
لهم ان يشهدوا عليه مع الاحتمال الا اذا كانوا دخلوا البيت وعلموا انه ليس فيه احد سواه ثم جلسوا على

الباب ولبس البيت مسلك غيره ثم دخل رجل فسمعوا اقرار الداخل ولم يروه وقت الاقرار لان العلم
حصل لهم في هذه الصورة فجاز لهم ان يشهدوا عليه قال رحمه الله باع عقارا وبعض اقاربه حاضر يعلم
البيع ثم ادعى لا تسمع دعواه لم يعين القريب هنا وفي الفتاوى لابي الليث عينه فقال لو باع عقارا
وابنه او امراته حاضر يعلم به وتصرف المشتري فيه زمانا ثم ادعى الابن انه ملكه ولم يكن
ملك ابيه وقت البيع اتفق مشايخنا على انه لا تسمع مثل هذه الدعوى وهو تلبيس محض وحضوره
عند البيع وتركه فيما يصنع اقرار منه بانه ملك البايع وان لا حق له في المبيع وجعل سكوته في هذه
الحالة كالافصاح بالاقرار قطعا للاطماع الفاسدة لاهل العصر في الاضرار بالناس وتقييده بالقريب
ينفي جواز ذلك مع الغريب وذكر في الهداية في كتاب الكفالة قبيل الفصل في الضمان فقال ومن باع دارا
وكفل عنه رجل بالدرك فهو تسليم لان الكفالة لو كانت مشروطة في البيع فتمامه بقبوله ثم بالدعوى
يسعى في نقض ما تم من جهته وان لم تكن مشروطة فيه فالمراد بها احكام البيع وترغيب المشتري
فيه اذ لا يرغب فيه دون الكفالة فنزل منزلة الاقرار بملك البايع ولو شهد وختم ولم يكفل لم يكن
تسليما وهو على دعواه لان الشهادة لا تكون مشروطة في البيع اي ليست بشرط فيه ولا هي باقرار بالملك
لان البيع مرة يوجد من المالك وتارة من غيره ولعله كتب ليحفظ الحادثة بخلاف ما تقدم قالوا اذا كتب
في الصك باع وهو يملكه او باع بيعا باتا نافذا وهو كتب شهد بذلك فهو تسليم الا اذا كتب الشهادة
على اقرار المتعاقدين ولو باع ضيعة ثم ادعى انها وقف عليه وعلى اولاده لا تسمع دعواه للتناقض
لان اقدامه على البيع اقرار منه وان اراد تحليف المدعى عليه ليس له ذلك وان اقام البينة على ذلك قيل
تقبل لان الشهادة على الوقف تقبل من غير دعوى لانها من باب الحسبة فاذا قبلت انتقض البيع
وقيل لا تقبل وهو اصوب واحوط لانه باقامة البينة ان الضيعة وقف عليه يدعي فساد البيع وحقا
لنفسه فلا تسمع للتناقض وقال في الجامع الاصغر اذا بيع متاع انسان بين يديه وهو ينظر لا يصح
لان سكوته يحتمل الرضى والسخط وقال ابن ابي ليلى سكوته يكون اجازة منه للبيع قال رحمه الله وهبت
مهرها لزوجها فماتت فطالب ورثتها مهرها وقالوا كانت الهبة في مرض موتها وقال بل في الصحة فالقول له
اي الزوج والقياس ان يكون القول للورثة لان الهبة حادثة والحوادث تضاف الى اقرب الاوقات
ووجه الاستحسان انهم اتفقوا في سقوط المهر عن الزوج لان الهبة في مرض الموت تفيد الملك وان كانت
للوارث الا ترى ان المريض اذا وهب عبدا لوارثه فاعتقه الوارث او باعه نفذ تصرفه ولكن يجب
عليه الضمان ان مات المورث في ذلك المرض ردا للوصية للوارث بقدر الامكان فاذا سقط عنه المهر
بالاتفاق فالوارث يدعي العود عليه والزوج ينكر فالقول قول المنكر قال رحمه الله اقر بدين او غيره ثم قال
كنت كاذبا فيما اقررت حلف المقر له على ان المقر ما كان كاذبا فيما اقر به ولست بمبطل فيما تدعيه
عليه من الاقرار وهذا قول ابي يوسف رحمه الله وهذا استحسان وعندهما يؤمر بالتسليم الى المقر له وهو القياس
لان الاقرار حجة ملزمة شرعا فلا يصار معه الى اليمين كالبينة بل اولى لان احتمال الكذب فيما بعد
لتضرره بذلك ووجه الاستحسان ان العادة جرت بين الناس انهم يكتبون الصك اذا ارادوا
الاستدانة قبل الاخذ ثم ياخذون المال فلا يكون الاقرار دليلا على اعتبار هذه الحالة فيحلف المقر له
وعليه الفتوى لتغير احوال الناس وكثرة الخداع والخيانات وهو يتضرر بذلك والمدعي لا يتضرر
اليمين ان كان صادقا فيصار اليه قال رحمه الله لو قال لآخر وهبتك بيع هذا فسكت ثم قال لا اقبل لان سكوته
وعدم رده من ساعته دليل القبول عادة ونظيره هبة الدين ممن عليه الدين فانه اذا سكت صحت
الهبة وسقط الدين لما بينا وان قال من ساعته لا اقبل بطل وبقي الدين على حاله وكذا لو قال جعلت

ارضي عليك وقفا فسكت صح ولو قال لا اقبل بطل وقال الانصاري الوقف لا يبطل بقوله لا اقبل لانه وقع
لله تعالى والاشبه ان يكون هذا قول ابي يوسف لما عرف من اصله انه يصير وقفا بمجرد قوله وقفت داري
قال رحمه الله وكلها بطلاقها لا يملك عزلها لانه يمين من جهته لما فيه من معنى اليمين وهو تعليق الطلاق
بفعلها فلا يصح الرجوع في اليمين وهو تمليك من جهتها لان الوكيل هو الذي يعمل لغيره وهي عاملة لنفسها
فلا تكون وكيلة بخلاف الاجنبي قال رحمه الله وكلتك بكذا على اني متى عزلتك فانت وكيلي يقول في عزله
عزلتك ثم عزلتك اي ثم يقول عزلتك لان الوكالة يجوز تعليقها بالشرط فيجوز تعليقها بالعزل عن الوكالة
فاذا عزله انعزل عن الوكالة المنجزة وتنجزت المعلقة فصار وكيلا جديدا ثم بالعزل الثاني انعزل عن الوكالة
الثانية قال رحمه الله ولو قال كلما عزلتك فانت وكيلي يقول رجعت عن الوكالة المعلقة وعزلتك عن الوكالة
المنجزة لانه لو عزله عن المنجزة من غير رجوع لصار وكيلا مثل ما كان ولو عزله المنجزة لان كلمة كلما تقتضي
تكرار الافعال الى غير نهاية فلا يفيد العزل الا بعد الرجوع حتى لو عزله ثم رجع عن المعلقة يحتاج الى عزل اخر
لانه كما عزله صار وكيلا فلا يفيد الرجوع بعد ذلك عن المعلقة في حقها لانه يحتاج الى عزل اخر بعد الرجوع
وقيل يقول في عزله كلما وكلتك فانت معزول لانه كلما صار وكيلا انعزل فيحصل مقصوده بذلك والاول
اوجه وهذا لا يفيد في الحقيقة لانه ان انعزل كلما توكل لاجل اليمين الثانية يتوكل ايضا كلما انعزل لاجل
اليمين الاولى فيبقى دايما وكيلا ومعزولا فلا ينقطع الا بالرجوع عن الوكالة المعلقة على ما بينا قال رحمه الله
قبض بدل الصلح شرط ان كان دينا بدين بان وقع الصلح على دراهم عن دنانير او عن شيء اخر في الذمة لانه
متى وقع الصلح على غير ما يستحقه الداين بعقد المداينة وهو مال يحمل على المعاوضة فاذا حمل على المعاوضة
صار صرفا او بيعا فيه لا يجوز الافتراق عن الدين بالدين لنهيه عليه السلام عن الكالي بالكالي وقد بيناه من قبل
في كتاب الصلح قال رحمه الله والا لا اي ان لم يكن دينا بدين لا يشترط قبضه لان الصلح اذا وقع على عين متعين
لا يبقى دينا في الذمة فجاز الافتراق عنه وان كان مال الربا كما اذا وقع الصلح على شعير بعينه عن حنطة
في الذمة وقد بيناه من قبل قال رحمه الله ادعى رجل على صبي دارا فصالحه ابوه على مال الصبي فان كان للمدعي
بينة جاز ان كان بمثل القيمة او اكثر مما يتغابن الناس فيه وان لم يكن له بينة او كانت غير عادلة لا لانه متى
كان للمدعي بينة وكان الصلح على مثل القيمة او اكثر بقدر ما يتغابن الناس فيه كان للصبي فيه منفعة وهي
سلامة العين له لانه لو لم يصالح يستحقه المدعي بالبينة فياخذه فيكون هذا الصلح من الاب بمنزلة الشراء
من المدعي فيتقيد بالمثل وبقدر ما يتغابن فيه عادة لانه لا يمكن التحرز عنه وان لم يكن للمدعي بينة
او كانت غير عادلة صار الاب متبرعا بمال الصبي بالصلح لا مشتريا لانه لم يستحق المدعي شيئا من ماله لولا الصلح
فلا منفعة للصبي في هذا الصلح بل فيه ضرر فلا يجوز لان الولاية نظرية قال الله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم
الا بالتي هي احسن وان كان الاب هو المدعي للصغير ولا بينة له يجوز كيف ما كان لانه لم يثبت
للصبي فيما ادعاه الاب له ملك ولا معنى الملك وهو التمكن من الاخذ فكان محصلا له مالا من غير ان يخرج
من ملك الصبي شيئا بمقابلته فكان نفعا محضا وان كان له بينة عادلة لا يجوز الا بالمثل وباقل قدر ما
يتغابن فيه لانه صار في معنى الملك لتمكنه من الاخذ منه بالبينة العادلة ووصي الاب في هذا كالاب
لانه قائم مقامه قال رحمه الله لو قال لا بينة لي فبرهن او لا شهادة لي فشهد يقبل ومعنى الاول ان يقول
المدعي ليس لي بينة على دعواي هذا الحق ثم جاء بالبينة تقبل لان التوفيق بينهما ممكن بان كانت له بينة
فنسيها ثم ذكرها بعد ذلك او كان لا يعلمها ثم علمها وعن ابي حنيفة رحمه الله انها لا تقبل لانه اكذب بينته
ومعنى الثاني ان يقول الشاهد لا شهادة لفلان عندي في حق بعينه ثم شهد له به تقبل لانه يقول نسيت
وكذا اذا قال المدعي ليس لي عند فلان شهادة ثم جاء به فشهد له تقبل شهادته روي ذلك عن ابي حنيفة رحمه الله

قال شمس الائمة السرخسي والامام الاسبيجابي تعليق عزل الشرط
عن الوكالة المطلقة ورجعت عن الوكالة المعلقة ثم قال قيل وهو المختار
كذا في فتاوى السراجية والخلاصة
مسكين

اي يقول اذا اراد العزل كذلك لانه لما قال رجعت عن
الوكالة المعلقة انعزل ثم صار وكيلا ولما قال عزلتك
عن الوكالة المنجزة انعزل عنها ايضا ولكل عمل كلمة
والفرق بين هذا وبين قوله كلما تزوجتك فانت
طالق ان التزوج اثبات الفعل والعزل اسقاط
الفعل فيتكرر الجزاء هنالك ولا يتكرر هنا
مستخلص

في المجلس مسكين
اي بمقابلة الدين هذا اذا كان على خلاف جنسه
لانه لو صالح على جنسه يوجد لا يجوز مسكين

اي لانه اذا كان دينا بدين يكون بيع الدراهم بالدراهم
فلا يجوز نسيئة وانما جاز فيما اذا كان بدل الصلح
اقل وان لم يجز بيع النقدين بجنسهما متفاضلا
حملوا على اخذ البعض واسقاط الباقي تصحيحا للتصرف
مستخلص

بان يكون عقارا بعقار او عقارا بدين لا يشترط القبض
مسكين

وللاب ان يشتري لابنه الصغير دارا بمثل القيمة
او بالغبن اليسير مستخلص

وهذا اذا صالح بمال الصبي اما لو صالح بمال نفسه
جاز من غير تفصيل مسكين

في الصورتين عند ابي حنيفة وقال محمد لا تقبل
والاصح هو الاول مسكين

لانه يحتمل ان تكون له شهادة قد نسيها او لا يعلمها ثم علمها ولهذا لو قال لا اعلم لي حقا على فلان ثم اقام البينة ان له عليه حقا تقبل لامكان الخفاء عليه فامكن التوفيق بخلاف ما اذا قال ليس لي عليه حق ثم ادعى عليه حقا حيث لا تسمع دعواه لان المناقضة بين الاقرار والدعوى ثابتة فلا يمكن التوفيق بينهما ونفي الحجة في هذا كنفي الشهادة لا كنفي الحق حتى اذا قال لا حجة لي على فلان ثم اتى بحجة تقبل لانه تقول نسيت ولو قال هذه الدار ليست لي او قال ذلك لعبد ثم اقام بينة ان الدار او العبد له تقبل بينته لانه لم يثبت باقراره حقا لاحد وكل اقرار لم يثبت به لغيره حقا كان لغوا ولهذا لا يصح دعوى الملاعن نسب ولد نفى بلعانه نسبه لانه حين نفاه لم يثبت فيه حقا لاحد **قال رحمه الله** والامام الذي ولاه الخليفة ان يقطع انسانا من طريق الجادة ان لم يضر بالمارة لان الامام ولاية التصرف في حق الكافة فيما فيه نظر للمسلمين فاذا راى في ذلك مصلحة لهم كان له ان يفعله من غير ان يلحق ضررا باحد الا ترى انه اذا راى ان يدخل بعض الطريق في المسجد او بالعكس وكان في ذلك مصلحة للمسلمين كان له ان يفعل ذلك والامام الذي ولاه الخليفة بمنزلة الخليفة لانه نائبه فكان فيه مثله **قال رحمه الله** من صادره السلطان ولم يعين بيع ماله فباع ماله صح اي جاز البيع لانه لم يكره بالبيع وانما باع باختياره غاية الامر انه صار محتاجا الى بيعه لايفاء ما طلب منه وذلك لا يوجب الكره كالدين اذا حبس المديون بالدين فباع ماله ليقضي بثمنه دينه فانه يجوز لانه باعه باختياره وانما وقع الكره في الايفاء لا في البيع وقد تقدم مثله في التسعير **قال رحمه الله** خوفها بالضرب حتى وهبته مهرها لم تصح ان قدر على الضرب لانها مكرهة عليه اذ الاكراه على المال يثبت بمثله لان التراضي شرط في تمليك الاموال والرضى ينتفي بمثله فلا يصح **قال رحمه الله** وان اكرهها على الخلع وقع الطلاق ولا يسقط المال لان طلاق المكره واقع ولا يلزم المال به اذ الرضى شرط فيه على ما بينا من قبل في كتاب الاكراه **قال رحمه الله** ولو احالت انسانا على الزوج ثم وهبت المهر للزوج لا تصح لانه تعلق به حق المحتال على مثال الرهن وان كان اسوة للغرماء عندهم لانها فيرد تصرفها فيه فصار كما لو باع المرهون او وهبه **قال رحمه الله** اتخذ بيرا في ملكه او بالوعة فنز منها حايط جاره وطلب تحويله لم يجبر عليه وان سقط الحايط منه لم يضمن لانه تصرف في خالص حقه ولان هذا تسبب وبه لا يجب الضمان الا اذا كان متعديا كوضع الحجر على الطريق واتخاذ ذلك في ملكه ليس بتعدي فلا يضمن **قال رحمه الله** عمر دار زوجته بماله باذنها فالعمارة لها والنفقة دين عليها لان الملك لها وقد صح امرها بذلك فينتقل الفعل اليها فتكون كانها هي التي عمرت فيبقى على ملكها وهو غير متطوع في الانفاق فيرجع عليها لصحة امرها فصار كالمامور بقضاء الدين **قال رحمه الله** ولنفسه بلا اذنها فله اي اذا عمره لنفسه من غير اذن المراة كانت العمارة له لان الالة التي بنى بها ملكه فلا تخرج عن ملكه بالبناء من غير رضاه فتبقى على ملكه ويكون غاصبا للعرصة وشاغلا ملك غيره بملكه فيؤمر بالتفريغ ان طلبت زوجته ذلك **قال رحمه الله** ولها بلا اذنها فالعمارة لها وهو متطوع اي اذا عمرها لها بغير اذنها كان البناء لها وهو متطوع في البناء فلا يكون له الرجوع عليها به لانه لا ولاية له في ايجاب ذلك عليها وقد مكنته هي برضاه فكان متبرعا **قال رحمه الله** ولو اخذ غريمه فنزعه انسان من يده لم يضمن اي لا يضمن النازع اذا هرب الغريم لان النزع سبب وقد دخل بينه وبين ضياع حقه فعل فاعل مختار وهو هروبه فلا يضاف اليه التلف كما اذا حل قيد العبد فابق فان الحال لا يضمن لان التلف لم يحصل بفعله وانما حصل بفعل العبد مختارا وكذا لا يضمن الدال السارق على مال الغير فان الدال لا يجب عليه ضمان لان التلف حصل بفعل السرقة لا بالدلالة وكمن امسك هاربا من عدوه حتى قتله العدو فان الممسك لا يجب عليه

كل اقرار لم يثبت به حق لغيره فهو لغو

الضمان فكذا هذا **قال رحمه الله** في يده مال انسان فقال له سلطان ادفع الي هذا المال والا اقطع يدك او اضربك خمسين فدفع لم يضمن اي لم يضمن الدافع لانه مكره عليه فكان الضمان على المكره او على الاخذ ايهما شاء المالك ان كان الاخذ مختارا والا فعلى المكره فقط **قال رحمه الله** وضع منجلا في الصحراء ليصيد به حمار وحش وسمى عليه فجاء في اليوم الثاني ووجد الحمار مجروحا ميتا لم يوكل لان الشرط ان يذبحه انسان او يجرحه وبعد ذلك لا يحل وهو كالنطيحة او المتردية المذكورة في الاية وتقييده باليوم الثاني وقع اتفاقا حتى لو وجده ميتا من ساعته لا يحل لعدم شرطه **قال رحمه الله** وكره من الشاة الحياء والخصية والغدة والمثانة والمرارة والدم المسفوح والذكر لما روى الاوزاعي عن واصل بن ابي جميلة عن مجاهد قال كره رسول الله صلى الله عليه وسلم من الشاة الذكر والانثيين والقبل والغدة والمرارة والمثانة والدم قال ابو حنيفة الدم حرام واكره الستة وذلك لقوله عز وجل حرمت عليكم الميتة والدم فلما تناوله النص قطع بتحريمه وكره ما سواه لانه مما تستخبثه الانفس وتكرهه وهذا المعنى سبب الكراهية لقوله تعالى ويحرم عليهم الخبايث وروى ان ابن عمر رضي الله عنهما انه سئل عن القنفذ فتلى قوله تعالى قل لا اجد فيما اوحي الي محرما الاية فقال شيخ عنده سمعت ابا هريرة رضي الله عنه يقول ذكر القنفذ عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال خبيث من الخبايث فقال ابن عمر ان كان رسول الله صلى الله عليه وسلم قاله فهو كما قال ذكره القدوري رحمه الله **قال رحمه الله** للقاضي ان يقرض مال الغايب والطفل واللقطة لانه قادر على الاستخلاص فلا يفوت الحفظ به بخلاف الاب والوصي والملتقط لانهم عاجزون عن الاستخلاص فيكون تضييعا الا ان الملتقط اذا انشد اللقطة ومضى مدة النشدان ينبغي ان يجوز له الاقراض من فقير لانه لو تصدق به عليه في هذه الحالة جاز فالقرض اولى **قال رحمه الله** صبي حشفته ظاهرة بحيث لو راه انسان ظنه مختونا ... قطع جلدة ذكره الا بتشديد ترك كشيخ اسلم وقال اهل النظر لا يطيق الختان لان قطع جلدة ذكره ليستر الحشفة فان كانت الحشفة ظاهرة فلا حاجة الى القطع وان كان يواري الحشفة يقطع الفضل ولو ختن ولم تقطع الجلدة كلها ينظر فان قطع اكثر من النصف يكون ختانا لان للاكثر حكم الكل وان قطع النصف فما دونه لا يعتد به لعدم الختان حقيقة وحكما والاصل ان الختان سنة كما جاء في الخبر وهو من شعاير الاسلام وخصايصه حتى لو اجتمع اهل مصر او قرية على تركه حاربهم الامام فلا يترك الا للضرورة وعذر الشيخ الذي لا يطيق ذلك ظاهر فيترك **قال رحمه الله** ووقته سبع سنين اي ابتداء وقت الختان سبع سنين وقيل لا يختن حتى يبلغ لان الختان للطهارة ولا طهارة عليه قبله فكان ايلاما قبله من غير حاجة وقيل اقصاه اثنا عشر سنة وقيل تسع سنين وقيل وقته عشر سنين لانه يؤمر بالصلاة اذا بلغ عشرا اعتيادا وتخلقا فيحتاج الى الختان لانه شرع للطهارة وقيل ان كان قويا يطيق الم الختان ختن والا فلا وهو اشبه بالفقه وقال ابو حنيفة لا علم لي بوقته ولم يرو عن ابي يوسف ومحمد فيه شيء وانما المشايخ اختلفوا فيه وختان المراة ليس بسنة وانما هو مكرمة للرجال لانه الذ في الجماع وقيل سنة والاصل ان ايصال الالم الى الحيوان لا يجوز شرعا الا لمصالح تعود اليه وفي الختان اقامة السنة وتعود اليه ايضا مصلحته لانه جاء في الحديث الختان سنة يحارب على تركها وكذا يجوز كي الصغير وبط قرحته وغيره من المداواة وكذا يجوز ثقب اذن البنات الاطفال لان فيه منفعة الزينة وكان يفعل في زمنه عليه السلام الى يومنا هذا من غير نكير والحامل لا تفعل ما يضر بالولد ولا ينبغي لها ان تحتجم ما لم يتحرك الولد فاذا تحرك فلا باس به ما لم تقرب الولادة فاذا قربت فلا تحتجم ... واما الفصد فلا تفعله مطلقا ما دامت حبلى لانه يخاف على الولد منه وكذا يجوز فصد البهايم وكيها وكل علاج فيه منفعة لها وجاز قتل ما يضر من البهايم

لا يحتمل ان تكون الجراحة من غيره او كان الموت بغير تلك الجراحة ولان التسمية انما تعتبر عند استعمال الالة ...

يجوز كي الصغير

كالكلب العقور والهرة اذا كانت تأكل الحمام والدجاج لازالة الضرر ويذبحها ذبحا ولا يضربها لانه
لا يفيد فيكون تعذيبا لها بلا فائدة. قال رحمه الله: والمسابقة بالفرس والابل والارجل والرمي جائزة
لقوله عليه السلام لا سبق الا في خف او نصل او حافر واذن رسول الله صلى الله عليه وسلم لسلمة بن الاكوع
رضي الله عنه ان يسابق رجلا انصاريا كان لا يسبق شدا فسبقه سلمة بن الاكوع وقال الزهري كانت
المسابقة بين اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم بالخيل والركاب والارجل ولان الغزاة يحتاجون
الى رياضة خيلهم وانفسهم والتعلم الكر والفر فيباح. قال رحمه الله: وحرم شرط الجعل من الجانبين لا من احد
الجانبين لما روى ابن عمر رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم سبق بالخيل وراهن ومعنى شرط الجعل
من الجانبين ان يقول ان سبق فرسك فلك علي كذا وان سبق فرسي فلي عليك كذا وهو قمار فلا يجوز
لان القمار من القمر الذي يزداد تارة وينقص اخرى وسمي القمار قمارا لان كل واحد من المقامرين
ممن يجوز ان يذهب ماله الى صاحبه ويجوز ان يستفيد مال صاحبه فيجوز الازدياد والانتقاص في كل
واحد منهما فصار قمارا وهو حرام بالنص ولا كذلك اذا شرط من جانب واحد بان يقول ان سبقتني
فلك علي كذا وان سبقتك فلا شيء لي عليك لان النقصان والزيادة لا يمكن فيهما وانما في احدهما
يمكن الزيادة وفي الاخر النقصان فلا يكون مقامرة لان المقامرة مفاعلة منه فيقتضي ان يكون من الجانبين
واذا لم يكن في معناه جاز استحسانا لما روينا والقياس ان لا يجوز لما فيه من تعليق التمليك على الخطر
ولهذا لا يجوز فيما عدا الاربعة المذكورة في الكتاب كالبغل وان كان الجعل مشروطا من احد الجانبين
وفي الحديث اشارة اليه لانه خصص هولاء به والمراد به الاستباق بالجعل لان الاستباق بلا جعل
يجوز في كل شيء ولا يمكن الحاق ما شرط فيه الجعل به لانه ليس في معناه لان المانع فيه من وجهين
القمار والتعليق بالخطر لا غير فليس مثله حتى يقاس عليه وشرطه ان تكون الغاية مما يحتملها الفرس
وكذا شرطه ان يكون في كل واحد من الفرسين احتمال السبق اما اذا علم ان احدهما يسبق لا محالة فلا
يجوز لانه انما جاز للحاجة الى الرياضة على خلاف القياس وليس في هذا الا ايجاب المال للغير على نفسه
بشرط لا منفعة فيه فلا يجوز ولو شرط الجعل من الجانبين وادخلا ثالثا محللا جاز اذا كان فرس المحلل كفوا
لفرسيهما يجوز ان يسبق او يسبق وان كان يسبق او يسبق لا محالة فلا يجوز لقوله عليه السلام من ادخل فرسا
بين الفرسين وهو لا يامن ان يسبق فلا باس به ومن ادخل فرسا بين فرسين وهو آمن ان يسبق فهو قمار
رواه احمد وابو داود وغيرهما وصورة ادخال المحلل ان يقول للثالث ان سبقتنا فالمالان لك وان
سبقناك فلا شيء لنا عليك ولكن الشرط الذي شرطاه بينهما وهو ايهما سبق كان له الجعل على
صاحبه باق على حاله فان غلبهما اخذ المالين وان غلباه فلا شيء لهما عليه ويأخذ ايهما غلب
المال المشروط من صاحبه وانما جاز هذا لان الثالث لا يغرم على التقادير كلها قطعا ويقينا وانما يحتمل
ان ياخذ او لا ياخذ فخرج بذلك من ان يكون قمارا فصار كما اذا شرط من جانب واحد لان القمار هو
الذي يستوي فيه الجانبان في احتمال الغرامة على ما بيناه وعلى هذا لو قال واحد من الناس لجماعة من الفرسان
او لاثنين من سبق فله كذا من مال نفسه او قال للرماة من اصاب الهدف فله كذا جاز لانه
من باب التنفيل فاذا كان التنفيل من بيت المال كالسلب ونحوه يجوز [illegible] فصار انواع
السبق اربعة ثلاثة منها جائزة وواحد منها لا يجوز [illegible] الجميع [illegible] ذلك [illegible]
هذا الفقهاء اذا تنازعوا في المسائل وشرط للمصيب منهم جعل جاز ذلك اذا لم يكن من الجانبين
على ما ذكرنا في الخيل لان المعنى يجمعهما اذ التعلم في الباب يرجع الى تقوية الدين واعلاء كلمة الله
والمراد بالجواز المذكور في باب المسابقة الحل دون الاستحقاق حتى لو امتنع المغلوب من الدفع

فصل [illegible] مباح وشرط الجعل من الجانبين حرام
عليك
فصل وجه تسمية القمار
انواع السبق اربعة ثلاثة منها جائز

فصل يصلى على غير الانبياء بالطريق التبع

لا يجبره القاضي ولا يقضي عليه به. قال رحمه الله: ولا يصلي على غير الانبياء والملائكة الا بطريق التبع
لان في الصلوة من التعظيم ما ليس في غيرها من الدعوات وهي زيادة الرحمة والقرب من الله تعالى
ولا يليق ذلك ممن يتصور منه الخطايا والذنوب وانما يدعى له بالمغفرة والتجاوز الا تبعا بان يقول
اللهم صل على محمد وآله وصحبه ونحوه لان فيه تعظيم النبي صلى الله عليه وسلم واختلفوا في الترحم على النبي
صلى الله عليه وسلم بان يقول اللهم ارحم محمدا قال بعضهم لا يجوز لانه ليس فيه ما يدل على التعظيم مثل الصلوة
ولهذا يجوز ان يدعى بهذا اللفظ لغير الانبياء والملائكة عليهم السلام وهو مرحوم قطعا فيكون
تحصيل الحاصل وقد استغنينا عن هذه بالصلوة فلا حاجة اليها وقال بعضهم يجوز لان النبي صلى الله عليه وسلم
كان من اشوق العباد الى مزيد رحمة الله تعالى ومعناها معنى الصلوة فلم يوجد ما يمنع من ذلك ثم الاولى
ان يدعو للصحابة بالرضى فيقول رضي الله عنهم لانهم كانوا يبالغون في طلب الرضى من الله تعالى ويجتهدون
في فعل ما يرضيه ويرضون بما يلحقهم من الابتلاء من جهته اشد الرضى فهؤلاء احق بالرضى وغيرهم لا يلحق
ادناهم ولو انفق ملء الارض ذهبا وللتابعين بالرحمة فيقول رحمهم الله ولمن بعدهم بالمغفرة والتجاوز
فيقول غفر الله لهم وتجاوز عنهم لكثرة ذنوبهم وقلة اهتمامهم بالامور الدينية. قال رحمه الله: والاعطاء
باسم النيروز والمهرجان لا يجوز اي الهدايا باسم هذين اليومين حرام بل كفر وقال ابو حفص الكبير
رحمه الله تعالى لو ان رجلا عبد الله تعالى خمسين سنة ثم جاء يوم النيروز واهدى الى بعض المشركين
بيضة يريد به تعظيم ذلك اليوم فقد كفر وحبط عمله وقال صاحب الجامع الاصغر اذا اهدى
يوم النيروز الى مسلم اخر ولم يرد به تعظيم ذلك اليوم ولكن على ما اعتاده بعض الناس لا يكفر
ولكن ينبغي له ان لا يفعل ذلك في ذلك اليوم خاصة ويفعله قبله او بعده كي لا يكون تشبيها
باولئك القوم وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من تشبه بقوم فهو منهم وقال في الجامع الاصغر
رجل اشترى يوم النيروز شيئا لم يكن يشتريه قبل ذلك ان اراد به تعظيم ذلك اليوم كما يعظمه المشركون
كفر وان اراد الاكل والشرب والتنعم لا يكفر. قال رحمه الله: ولا باس بلبس القلانس لما روي ان النبي صلى الله
عليه وسلم كان له قلانس يلبسها وقد صح ذلك ذكره في الذخيرة. قال رحمه الله: وندب لبس السواد وارسال
ذنب العمامة بين كتفيه الى وسط الظهر لان محمدا رحمه الله ذكر في السير الكبير في باب الغنائم حديثا
يدل على ان لبس السواد مستحب وان من اراد ان يجدد لف عمامته ينبغي له ان ينقضها كورا كورا
فان ذلك احسن من رفعها عن الراس والقائها في الارض دفعة واحدة وان المستحب ارسال ذنب
العمامة بين الكتفين واختلفوا في مقدار الذنب قيل شبر وقيل الى وسط الظهر وقيل الى موضع
الجلوس وكان محمد رحمه الله يتعمم بالعمامة السوداء فدخلت عليه يوما مستورة فبقيت تنظر الى وجهه
وهي متحيرة فقال لها ما شانك فقالت العجب من بياض وجهك تحت سواد عمامتك فوضعها من
راسه ولم يتعمم بالعمامة السوداء بعد ذلك ويكره لبس المعصفر والمزعفر لما روي عن ابن عمر رضي الله عنه
انه قال نهاني رسول الله صلى الله عليه وسلم عن لبس المعصفر وقال اياكم والحمرة فانها زي الشيطان
ويستحب للرجل ان يلبس احسن الثياب وكان ابو حنيفة رحمه الله يوصي اصحابه بذلك ويلبس باربعمائة
دينار واباح الله تعالى الزينة بقوله قل من حرم زينة الله التي اخرج لعباده وقال عليه السلام ان الله تعالى
اذا انعم على عبد احب ان يرى اثر نعمته عليه وقد خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم وعليه رداء قيمته
الف درهم وربما قام الى الصلوة وعليه رداء قيمته اربعة الاف درهم. قال رحمه الله: والشاب العالم يتقدم
على الشيخ الجاهل لانه افضل منه قال الله تعالى هل يستوي الذين يعلمون والذين لا يعلمون ولهذا
يقدم في الصلوة وهي احد اركان الاسلام وهي تالية الايمان وقال الله تعالى اطيعوا الله واطيعوا الرسول

فصل يستحب ان يلبس الرجل احسن الثياب

واولى الامر منكم والمراد باولى الامر العلماء فى اصح الاقوال والمطاع شرعا مقلدهم وكيف لا يقلدون والعلماء
ورثة الانبياء عليهم السلام على ما جاء به السنة قال رحمه الله وحافظ القران ان يختم فى كل اربعين يوما
لان المقصود من قراءة القران فهم معانيه والاعتبار بما فيه لا مجرد التلاوة قال الله تعالى افلا يتدبرون
القران ام على قلوب اقفالها وذلك يحصل بالتانى لا بالتوالى فى المعانى فقدر الختم اقله باربعين
يوما كل يوم حزب ونصف او ثلثى حزب او اقل والله اعلم بالصواب

كتاب الفرايض

وهى جمع فريضة والفرض التقدير يقال فرض القاضى النفقة اى قدرها وسمى هذا العلم فرايض لان
الله تعالى قدره بنفسه ولم يفوض تقديره الى ملك مقرب ولا نبى مرسل وبين نصيب كل واحد من النصف
والربع والثمن والثلثان والثلث والسدس بخلاف ساير الاحكام كالصلوة والزكاة والحج وغيرها
فان النصوص فيها مجملة لقوله تعالى اقيموا الصلوة واتوا الزكاة ولله على الناس حج البيت وانما السنة
بينتها ثم اعلم ان هذا العلم من اشرف العلوم وقد جاءت النصوص به وبالحث على تعليمه وتعلمه
قال رسول الله صلى الله عليه وسلم العلم ثلثة وما سوى ذلك فضل اية محكمة او سنة قايمة او فريضة
عادلة وقال صلى الله عليه وسلم تعلموا الفرايض وعلموها فانها نصف العلم وهى تنسى وهو اول شى ينزع
من امتى وقال عليه السلام تعلموا الفرايض وعلموها الناس فانى امرؤ مقبوض والعلم مرفوع ويوشك
ان يختلف اثنان فى الفريضة والمسئلة فلا يجدان احدا يخبرهما فجعله عليه السلام نصف العلم مع صغر حجمه
وقلة مسايله فلولا انه من اشرف العلوم لما قابل الكل وهذا كالحسنات فان الشى القليل من الجواهر
وغيرها انما يقابل الكثير ويساويه اذا كان القليل اشرف منه ومعنى النصف اما باعتبار الاحوال الحيوة
والممات وهذا العلم مختص بحالة الممات وغيره بالحياة او باعتبار اسباب الملك فانها اما جبرية او اختيارية فالاول
الميراث والثانى غيره من اسباب الملك قال رحمه الله يبدأ من تركة الميت بتجهيزه والمراد من التركة ما تركه
الميت خاليا عن تعلق حق الغير بعينه فان كان حق الغير متعلقا بعينه كالرهن والعبد الجانى والمشترى قبل
القبض فان صاحبه يقدم على التجهيز كما فى حالة حيوته فحاصله انه معتبر بحال حيوته فان المرء يقدم
نفسه فى حيوته فيما يحتاج اليه من النفقة والكسوة والسكنى على اصحاب الديون ما لم يتعلق حق الغير بعين
ماله فكذا بعد وفاته يقدم تجهيزه من غير تقتير ولا تبذير وهو قدر كفن الكفاية او كفن السنة او قدر
ما كان يلبسه فى حيوته من اوسط ثيابه او من الذى كان يتزين به فى الاعياد والجمع والزيارات على ما
اختلفوا فيه لقوله تعالى والذين اذا انفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا وكان بين ذلك قواما وهو محترم حيا
وميتا فلا يجوز كشف عورته وفى الاثر لعظام الميت من الحرمة ما لعظام الحى قال رحمه الله ثم ديونه لقوله تعالى
من بعد وصية يوصى بها او دين قال على كرم الله وجهه انكم تقرؤن الوصية مقدمة على الدين وقد
شهدت رسول الله صلى الله عليه وسلم قدم الدين على الوصية ولان الدين واجب ابتداء والوصية تبرع
والبداية بالواجب اولى والتقديم ذكرا لا يدل على التقديم فعلا والمراد بالدين دين له مطالب من جهة
العباد لا دين الزكوة والكفارات ونحوها لان هذه الديون تسقط بالموت فلا يلزم الورثة اداؤها
الا اذا اوصى بها او تبرعوا بها من عندهم لان الركن فى العبادات نية المكلف وفعله وقد فات
بموته فلا يتصور بقاء الواجب تحقيقه ان الدنيا دار التكليف والاخرة دار الجزاء والعبادة اختيارية
وليس جبرية فلا يتصور بقاء الواجب لان الاخرة ليست بدار الابتلاء حتى يلزمه الفعل فيها
ولا العبادة جبرية حتى تجزئ بفعل غيره من غير اختيار منه فلم يبق الاجزاء الفعل [illegible] ضرورة بخلاف
دين العباد لان فعله ليس بمقصود فيه ولا بنيته الا ترى ان صاحب الدين لو ظفر [illegible]
ويجتزئ بذلك ولا كذلك حق الله تعالى لان المقصود فيهما فعله ونيته [illegible]

جميعا غير ان الله تعالى تصدق على العبد بثلث ماله فى اخر عمره يضعها فيما فرط فيه تفضلا منه
من غير حاجة اليه فان اوصى به قام فعل الورثة مقام فعله لوجود اختياره بالايصاء والا فلا قال رحمه الله
ثم وصيته اى ثم تنفذ وصيته من ثلث ما بقى بعد التجهيز والدين لما تلونا ولا تنفذ فى اكثر من الثلث
الا باجازة الورثة وقد بيناه فى كتاب الوصية ثم هذا ليس بتقديم على الورثة فى المعنى بل هو
شريك لهم حتى اذا سلم له شى سلم للورثة ضعفه او اكثر ولا بد من ذلك وهذا ليس بتقديم فى الحقيقة
بخلاف التجهيز والدين والموصى له والورثة لا ياخذون الا ما فضل منهما قال رحمه الله ثم يقسم بين ورثته
وهم ذو فرض اى ذو سهم مقدر لما تلونا ولقوله عليه السلام الحقوا الفرايض باهلها فما ابقت فلاولى
عصبة ذكر وفى رواية فلاولى رجل ذكر على سبيل التاكيد كقوله تعالى تلك عشرة كاملة ولا طاير يطير
بجناحيه قال رحمه الله فللاب السدس مع الولد وولد الابن لقوله تعالى ولابويه لكل واحد منهما السدس
مما ترك ان كان له ولد جعل له السدس مع الولد وولد الابن ملحق به بالاجماع قال تعالى يا بنى
ادم وكذا عرفا قال الشاعر بنونا بنو ابنائنا وبناتنا بنوهن ابناء الرجال الاجانب وليس دخول ولد
الابن فى الولد من باب الجمع بين الحقيقة والمجاز بل هو من باب عموم المجاز او عرف كون حكم ولد الابن
كحكم الولد بدليل اخر وهو الاجماع وجميع احوال الاب فى الفرايض ثلث احدها الفرض المطلق وهو
السدس وذلك مع الابن او ابن الابن وان سفل لما تلونا والحالة الثانية الفرض والتعصيب وذلك
مع البنت او بنت الابن الفرض لما تلونا والتعصيب بما روينا والحالة الثالثة التعصيب المطلق
وذلك اذا لم يكن للميت ولد او ولد ابن لقوله تعالى فان لم يكن له ولد وورثه ابواه فلامه الثلث
ذكر فرض الام وجعل الباقى له دليل على انه عصبة قال رحمه الله والجد كالاب ان لم يتخلل فى نسبته ام
الا فى ردها الى ثلث ما بقى وحجب ام الاب وحجب الاخوة اى الجد كالاب اذا لم يدخل فى نسبته الى الميت
انثى وهو الجد الصحيح الا فى مسئلتين احدهما فى رد الام الميت من ثلث الجميع الى ثلث ما بقى فى زوج
وابوين او زوجة وابوين فان الاب يردها اليه لا الجد وفى حجب ام الاب فان الاب يحجبها دون
الجد وان تخلل فى نسبته الى الميت ام كان فاسدا فلا يرث الا على انه من ذوى الارحام لان تخلل الام
فى النسبة يقطع النسب اذ النسب الى الاباء لان النسب للتعريف والشهرة وذلك يكون بالمشهور
وهو الذكور دون الاناث وقوله كالاب يعنى عند عدم الاب لان الجد يسمى ابا قال الله تعالى
حاكيا عن يوسف عليه السلام واتبعت ملة اباءى ابراهيم واسحاق ويعقوب وكان اسحاق جده
وابراهيم جد ابيه وقال تعالى يا بنى ادم لا يفتننكم الشيطان كما اخرج ابويكم من الجنة وهو ادم
وحوى عليهما السلام فاذا كان ابا دخل فى النص اما بطريق عموم المجاز او بالاجماع على نحو ما ذكرنا فى
الولد فكان له الاحوال الثلث التى ذكرناها فى الاب وله حالة رابعة وهو السقوط بالاب
لانه اقرب منه ويدلى به فلا يرث معه وانما يقوم مقامه عند عدمه وقوله وحجب الاخوة
اى الجد يحجب الاخوة كالاب لانه قايم مقامه وهذا على اطلاقه قول ابى حنيفة رحمه الله على ما يجى بيانه
ان شاء الله تعالى قال رحمه الله وللام الثلث وذلك عند عدم الولد وولد الابن لما تلونا وعند عدم الاثنين
من الاخوة والاخوات على ما نبين قال رحمه الله ومع الولد وولد الابن او الاثنين من الاخوة والاخوات
او ولد الام السدس اى للام مع واحد من هؤلاء المذكورين لا ترث الثلث وانما ترث السدس لما
تلونا [illegible] فلامه السدس فاسم الولد المتلو لا يتناول الولد وولد الابن
[illegible] ولفظ الجمع فى الاخوة يطلق على الاثنين فيحجب بهما من الثلث الى السدس
من [illegible] لفظ الاخوة يطلق على الكل وهذا قول جمهور الصحابة رضى الله عنهم اجمعين

وروى عن ابن عباس رضي الله عنهما انه لم يحجب الام من الثلث الى السدس الا بثلاثة منهم عملا بظاهر
الاية فان الاخوة جمع واقله ثلاثة والجمهور ان الجمع يطلق على المثنى قال الله تعالى وهل اتاك نبأ الخصم
اذ تسوروا المحراب اذ دخلوا على داود ففزع منهم قالوا لا تخف خصمان بغى بعضنا على بعض فاعاد ضمير
الجمع في دخلوا وتسوروا وفي منهم وقالوا على اثنين وهما الملكان اللذان دخلوا عليه في صورة متحاكمين
الا ترى الى قوله تعالى خصمان ومثل هذا كثير شايع في كلام العرب قال رحمه الله ومع الاب واحد الزوجين
ثلث الباقي بعد فرض احدهما فيكون لها السدس مع الزوج والاب والربع مع الزوجة والاب لانه هو
الثلث الباقي بعد فرض احد الزوجين فصار للام ثلاثة احوال ثلث الكل وثلث ما يبقى بعد فرض احد
الزوجين والسدس وقد ذكرناها الكل بتوفيق الله تعالى وابن عباس رضي الله عنه لا يرى ثلث الباقي بل يورثها
ثلث الكل والباقي للاب وخالفه فيه جمهور الصحابة رضي الله عنهم ووجهه ان الله تعالى نص على فرضين للام
الثلث والسدس فلا يجوز اثبات فرض ثالث بالقياس ولهذا قال عليه السلام الحقوا الفرائض باهلها والام
صاحبة فرض والاب عصبة في هذه الحالة على ما بينا والجواب عنه ان الله تعالى جعل للام ثلث ما ترثه
هي والاب عند عدم الولد والاخوة لا ثلث الكل بقوله تعالى وورثه ابواه فلامه الثلث اي ثلث ما يرثانه
والذي يرثانه مع احد الزوجين هو الباقي من فرضه ولانها لو اخذت ثلث الكل يكون نصيبها ضعف
نصيب الاب مع الزوج اوقريبا من نصيبه مع الزوجة والنص يقتضي تفضيله عليها بالضعف اذا لم
يوجد الولد والاخوة ولهذا قال ابن مسعود رضي الله عنه في الرد عليه ما اراني الله تفضيل الانثى على الذكر
وقال زيد بن ثابت لا افضل الانثى على الذكر ومرادهما عند الاستواء في القرابة والقرب واما عند الاختلاف
فلا يمتنع تفضيل الانثى على الذكر ولهذا لو كان مكان الاب جد كان للام ثلث الجميع فلا يبالي بتفضيلها
عليه لكونها اقرب منه وعند ابي يوسف رحمه الله لها ثلث الباقي ايضا مع الجد وهو [illegible] ابن مسعود
رضي الله عنهما فانهما كانا يفضلان الام على الجد قال رحمه الله والجدة وان كثرت السدس [illegible] لم يتخلل جد
فاسد في نسبتها الى الميت وكن متحاذيات في الدرجة والكلام في الجدات في مواضع في ترتيبهن
ومعرفة الصحيحة من الفاسدة منهن وفي قدر ميراثهن وفيما يسقطن به فالاول كل شخص له جدتان
ام ام وام اب ولابيه وامه كذلك وهكذا لكل واحد من الاصول الى ان ينتهي الى ادم وحوى عليهما السلام
فالصحيحة منهن من لا يتخلل في نسبتها الى الميت ذكر بين انثيين والفاسدة من يتخلل في نسبتها ذلك
اذ كل اب يدلي الى الميت بانثى جد فاسد فمن يدلي به يكون فاسدا ذكرا كان او انثى وعند سعد بن
ابي وقاص الفاسدة من تدلي بذكر مطلقا فاذا اردت تنزيل عدد من الجدات الوارثات المتحاذيات
فاذكر اولا لفظة ام ام بمقدار العدد الذي تريده ثم تقول ثانيا ام ام وتجعل مكان الام الاخيرة ابا
ثم في كل مرة تبدل مكان الام ابا على الولاء الى ان يبقى لفظ ام مرة مثاله اذا سئلت عن اربع جدات
وارثات متحاذيات فقل ام ام ام بقدر عددهن لان الدرجة التي يتصور ان يجتمعن فيه فانهن
لا يتصور ان يجتمعن فيه الا اذا ارتفعن قدر عددهن من الدرجات فاربع جدات وارثات لا يتصور
اجتماعهن الا في الدرجة الرابعة فتقول ام ام ام ام اربع مرات فهذه واحدة منهن وهي من جهة
الام ولا يتصور من جهتها اكثر من واحدة ثم تاتي بواحدة اخرى من جهة الاب في درجتها فتقول ام ام ام اب
ثم تاتي باخرى من جهة الجد فتقول ام ام اب اب ثم تاتي باخرى من جهة جد الاب فتقول ام اب
اب اب ولا يتصور ان يجتمع الوارثات في هذه الدرجة اكثر من ذلك لان كل جد صحيح امه وارثة
وكذا ام امه وان علت ولا يتصور ان تكون جدة وارثة من كل اب الا واحدة فيحتاج الى ان تاتي
من الاباء قدر عددهن الا واحدة وهي التي من جهة الام فانها تدلي بذكر والثانية تدلي بالاب

للام ثلاثة احوال

فلهذا حذفت وابدلت مكانها ابا والثالثة تدلي بالجد فلهذا اسقطت اثنين وابدلت مكانهما
ابين والرابعة تدلي بجد الاب فلهذا اسقطت ثلاث امهات وابدلت مكانهن ثلاثة اباء فهذا طريقة
في اكثر منهن الى ما لا يتناهى هذا في معرفة الصحيحات في هذه الدرجة واذا اردت ان تعرف ما بازاء
الصحيحات من الفاسدات فخذ عدد الصحيحات واجعله في يمينك واطرح منها اثنين واجعلهما في
يسارك ثم ضعف ما في يسارك بعدد ما بقي في يمينك فالمبلغ عدد الجدات الصحيحات والفاسدات
جميعا فاذا اسقطت منه عدد الصحيحات فالباقيات هن الفاسدات مثاله اذا سئلت عن اربع جدات
صحيحات كم بازائهن من الفاسدات خذ اربعة بيمينك واطرح منها اثنين فخذهما بيسارك
فاذا ضعفت هذا المطروح بعدد ما بقي في يمينك صار ثمانية وهو عدد مبلغ الجدات اجمع في هذه الدرجة
فاذا اسقطت عدد الصحيحات وهن اربع بقيت اربع وهن الفاسدات وميراثهن السدس وان كثرن
يشتركن فيه لما روى عبادة ابن الصامت رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى بين الجدتين في السدس
ونذكر ما يسقطن به قال رحمه الله وذات جهتين كذات جهة اي اذا ترك جدتين احداهما ذات جهتين
والاخرى ذات جهة واحدة فهما سواء حتى يقسم السدس بينهما نصفين وهذا عند ابي يوسف رحمه الله
وعند محمد رحمه الله تستحق بالجهتين فيقسم السدس بينهما اثلاثا ثلثاه لذات الجهتين وثلثه لذات
جهة واحدة لان اختلاف جهة القرابة كاختلاف الاشخاص في حكم الميراث الا ترى ان ابني العم اذا
كان احدهما اخا لام جعل الاخ كشخصين حتى ياخذ السدس بالاخوة وخمسة الاسداس بينهما
بالعصوبة وكذا اذا كان احدهما زوجا اخذ بالجهتين وكذا اذا اجتمع في المجوسي قرابتان ورث بهما
ولابي يوسف ان توريث الجدات بمعنى واحد فلا يتعدد السبب بتعدد الجهة كالاخت لاب وام فانها
لا ترث باعتبار [illegible] بنتين لاتحاد الجهتين وهي قرابة الاخوة حتى لا تاخذ النصف بجهة الاب والسدس
بجهة الام بل تاخذ النصف لا غير بخلاف ما ذكر من النظير لان جهة الارث هناك مختلفة ومثال ما تكون
الواحدة ذات قرابتين ان تكون ام ام الام وهي ايضا ام اب الاب والاخرى ذات قرابة واحدة كام ام الاب
بهذه الصورة قال رحمه الله والبعدى تحجب بالقربى سواء كانت من جهة واحدة او من جهتين وسواء كانت
القربى وارثة او محجوبة بالاب او بالجد وفي رواية عن ابن مسعود لا تحجب الجدات الا الام وفي رواية
عنه وعن زيد بن ثابت ان القربى اذا كانت من جهة الاب لا تحجب البعدى من جهة الام وبالعكس تحجب
لان الجدات يرثن بولادة الابوين فوجب ان يعطى كل حكم من تدلي به والاب لا يحجب الجدات من قبل
الام فكذا امه والام تحجب كل جدة هي ابعد منها فكذا امها ولنا ان الجدات يرثن باعتبار الولاد
فوجب ان يقدم الادنى على الابعد كالاب الادنى مع الاب الابعد وليس كل حكم ثبت للواسطة يثبت
لمن يدلي به الا ترى ان ام الاب لا يزاد لها على السدس وتحجب بالام والاب بخلاف ذلك
والكل بالام اي يحجب الجدات كلهن بالام والمراد اذا كانت الام وارثة وعليه الاجماع والمعنى فيه ان الجدات
انما يرثن بطريق الولاد والام اقرب حالا منهن في ذلك فلا يرثن معها لان الام اصل في قرابة الجدة
التي من قبلها الى الميت وتدلي بها فلا ترث مع وجودها لما عرف في باب الحجب فاذا حجبت الجدة
التي من قبلها كانت اولى ان تحجب التي من قبل الاب لانها اضعف حالا منها ولهذا تؤخر في الحضانة
[illegible] والابويات منهن يحجبن بالاب اذا كان وارثا روي ذلك عن عثمان وعلي والزبير وسعد
وزيد بن ثابت وبه اخذ جمهور العلماء وروي عن عمر وابن مسعود وعمران بن الحصين وابي موسى
الاشعري وابي الطفيل [illegible] انهم جعلوا لها السدس مع الاب وبه اخذ طائفة من اهل
العلم من التابعين [illegible] لما روي انه عليه السلام ورث جدة وابنها حي ولانها ترث ميراث الام فلا يحجبها

الاب كما لا يحجب الام وكما لا يحجبها الجد ولانها ترث بطريق الفرض فلا تكون العصوبة حاجبة لها
كما لا يحجبها عم الميت الذي هو ابنها قلنا ان ام الاب تدلي بالاب فلا ترث مع وجوده كبنت الابن مع
الابن ولا حجة لهم في الحديث لانه حكاية حال فيحتمل ان ذلك الابن كان عما للميت لا ابا ولا نسلم
انها ترث ميراث الام بل ميراث الاب لان لها السدس فرضا فتوث ذلك عند عدمه ولئن كان ميراث
الام لا يلزم منه عدم الحجب بغيره الا ترى ان بنات الابن يرثن ميراث البنات ومع هذا يحجبن بالابن
وكذا الجد يحجب الابويات لما ذكرنا الا ام الاب فانه لا يحجبها وان علت لانها ليست من قبله فصار
للجدات حالتان السدس والسقوط قال رحمه الله والزوج النصف ومع الولد او ولد الابن وان سفل
الربع لقوله تعالى ولكم نصف ما ترك ازواجكم ان لم يكن لهن ولد فان كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن
فيستحق كل زوج اما النصف واما الربع مما تركت امرأته لان مقابلة الجمع بالجمع تقتضي مقابلة الفرد
بالفرد كقولهم ركب القوم دوابهم ولبسوا ثيابهم ولفظ الولد يتناول ولد الابن فيكون مثله بالنص
او بالاجماع على ما بينا من قبل فيكون له الربع معه فصار للزوج حالتان النصف والربع قال رحمه الله
والزوجة نصفه اي الزوجة نصف ما للزوج فيكون لها الربع ومع الولد او ولد الابن وان سفل
الثمن لقوله تعالى ولهن الربع مما تركتم ان لم يكن لكم ولد فان كان لكم ولد فلهن الثمن مما تركتم وان كن اكثر
من واحدة يشتركن فيه لوجهين احدهما لئلا يلزم الاجحاف ببقية الورثة لانه لو اعطي كل واحدة منهن
ربعا يأخذن الكل اذا ترك اربع زوجات بلا ولد والنصف مع الولد والوجه الثاني ان مقابلة الجمع بالجمع
تقتضي مقابلة الفرد بالفرد فيكون لواحدة الربع او الثمن عند انفرادها بالنص واذا كثرن وقعت المزاحمة
بينهن فيصرف اليهن جميعا على السواء لعدم الاولوية كما اذا ماتت امرأة وادعى رجلان او اكثر نكاحها
واقام كل واحد منهما البينة ولم تكن في بيت واحد منهما ولا دخل بها فانهم يقتسمون ميراث زوج واحد
لعدم الاولوية فكذا هنا فصار للزوجات حالتان الربع بلا ولد والثمن مع الولد قال رحمه الله والبنت
النصف لقوله تعالى وان كانت واحدة فلها النصف قال رحمه الله وللاكثر الثلثان وهو قول عامة الصحابة رضي الله
عنهم وبه اخذ علماء الامصار وعن ابن عباس رضي الله عنهما انه جعل حكم البنتين منهن حكم الواحدة فجعل لهما
النصف لقوله تعالى فان كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك علق استحقاق الثلثين بكونهن نساء
وهو جمع وصرح بقوله فوق اثنتين واكده بضمير الجمع بقوله فلهن والمعلق بشرط لا يثبت بدونه وان الله تعالى
جعل للبنتين النصف مع الابن وهو يستحق النصف وحظ الذكر مثل حظ الانثيين فعلم بذلك ان حظ
البنتين النصف عند الانفراد والجمهور ما روي عن جابر رضي الله عنه انه قال جاءت امرأة سعد بن الربيع الى
رسول الله صلى الله عليه وسلم بابنتيها من سعد فقالت يا رسول الله هاتان ابنتا سعد بن الربيع قتل ابوهما
معك في احد شهيدا وان عمهما اخذ مالهما فلم يدع لهما مالا ولا ينكحان الا بمال فقال يقضي الله في ذلك
فنزلت اية الميراث فارسل رسول الله صلى الله عليه وسلم الى عمهما فقال اعط ابنتي سعد الثلثين وامهما
الثمن وما بقي فهو لك وما تلي لا ينافي استحقاق البنتين الثلثين لان تخصيص الشيء بالذكر لا ينفي الحكم عما
عداه على ما عرف في موضعه فعرفنا ان حكم الجمع بالكتاب وحكم المثنى بالسنة ولان الجمع قد يراد به
المثنية لا سيما في المواريث على ما بينا من قبل فيكون المثنى مرادا بالاية وهو الظاهر الا ترى ان الواقعة
كانت للبنتين فاعطاهما رسول الله صلى الله عليه وسلم الثلثين بحكم الاية ولفظة فوق في الاية صلة كما في قوله تعالى
فاضربوا فوق الاعناق اي اضربوا الاعناق وحمله على هذا اولى مما ذهب اليه ابن عباس رضي الله عنهما
لحصول التوفيق به بين السنة والاية ولانه تعالى جعل للذكر مثل حظ الانثيين وادنى ما يتصور ان
يجتمع ابن وبنت فيكون له الثلثان وهو مثل حظ الانثيين فعلم ان حظ البنتين عند الانفراد والاجتماع

وقف
الجدات حالتان

ثم
الزوج حالتان

فهذا وهو الثلثان مثل حظ الانثيين ابدا ولان الله تعالى بين نصيب الواحدة ونصيب الجمع ولم يبين
نصيب المثنى على ما قال فلا بد من الحاق المثنى باحدهما فالحاقهما بالجمع اولى لاشتراكهما في معنى
الضم ولان المثنى له حكم الجمع في الميراث الا ترى ان الله تعالى لما بين حكم الفرد وحكم المثنى جعل حكم المثنى
كحكم الجمع في الاخوات لاب وام او لاب او لام في استحقاق الثلثين او الثلث وقوله ان البنتين
يستحقان النصف مع الابن قلنا استحقاقهما ذلك لا يدل على استحقاقهما اياه عند الانفراد الا ترى
ان الثلاث منهن يأخذن مع الابن ثلاثة اخماس المال وعند الانفراد الثلثين والواحدة منهن
تأخذ الثلث مع الابن والنصف عند الانفراد قال رحمه الله وعصبها الابن وله مثل حظهما معناه
اذا اختلط البنون والبنات عصب البنون البنات فيكون للابن مثل حظ الانثيين لقوله تعالى
يوصيكم الله في اولادكم للذكر مثل حظ الانثيين فصار للبنات ثلاثة احوال النصف للواحدة
والثلثان للاثنتين فصاعدا والتعصيب عند الاختلاط بالذكور قال رحمه الله وولد الابن كولده
عند عدمه اي عند عدم الولد حتى يكون بنو الابن عصبة كالبنين وبنات الابن كالبنات حتى
يكون للواحدة النصف وللبنتين فصاعدا الثلثان فيعصبهن الذكور عند اختلاطهن بالذكور فيكون
للذكر مثل حظ الانثيين قال رحمه الله ويحجب بالابن اي ولد الابن ذكورهم واناثهم فيه سواء لان الابن
اقرب وهو عصبة فلا يرثون معه بالعصوبة وكذا بالفرض لان بنات الابن يدلين به فلا يرثن مع
اصلهن وان كن لا يدلين به بان كان عمهن فهو مساو لاصلهن فيحجبهن كما يحجب اولاده لان ما ثبت لاحد
المثلين ثبت للمساوي له ضرورة قال رحمه الله ومع البنت لاقرب الذكور الباقي اي اذا كان مع بنت الميت
لصلبه اولاد الابن او اولاد ابن الابن وان سفل او المجموع كان الباقي بعد فرض البنت الصلبية لاقرب
الذكور منهم لانه عصبة فيحجب الابعد وهذا انما يستقيم اذا لم يكن في درجته بنت ابن واما اذا كانت
في درجته بنت ابن فتشاركه فلا يكون الباقي من فرض البنت له وحده قال رحمه الله وللاناث السدس
تكملة الثلثين ومراده اذا لم يكن في درجتهن ابن ابن واما اذا كان معهن ابن ابن يكون عصبة معه
فلا يرثن السدس وانما كان لهن السدس عند انفرادهن لقول ابن مسعود رضي الله عنه في بنت وبنت
ابن واخت سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول للبنت النصف ولبنت الابن السدس تكملة الثلثين
والباقي للاخت وقوله تكملة الثلثين دليل على انهن يدخلن في لفظ الاولاد لان الله تعالى جعل
للاولاد الاناث ثلثين فاذا اخذت الصلبية النصف بقي منه السدس فيعطى لهن تكملة لذلك
فلولا انهن دخلن في الاولاد وفرضهن واحد لما صار تكملة له الا ان الصلبية اقرب الى الميت فتقدم
عليهن بالنصف ودخولهن على انه عموم المجاز او بالاجماع قال رحمه الله ويحجبن ببنتين اي يحجب بنات
الابن ببنتين صلبيتين لان ارثهن كان تكملة للثلثين وقد كمل ببنتين فسقطن اذ لا طريق لتوريثهن
فرضا وتعصيبا قال رحمه الله الا ان يكون معهن او اسفل منهن ذكر فيعصب من كانت بحذائه ومن كانت
فوقه ممن لم تكن ذات سهم ويسقط من دونه اراد بقوله معهن ان يكون الغلام في درجتهن
سواء كان اخاهن او لم يكن وهذا مذهب علي وزيد بن ثابت رضي الله عنهما وبه اخذ العلماء رضي الله عنهم
... قال يسقطن بنات الابن ببنتي الصلب وان كان معهن غلام ولا
... البنت الصلبية ... معهن غلام كان لبنات الابن الاضر من السدس
والمقاسمة ... وتسمى هذه المسائل الاضرار على قول ابن مسعود رضي الله عنه
وحجته في ذلك ان بنات الابن ... لهن احد امرين اما الفرض او المقاسمة وفرضهن
الثلثان والمقاسمة ظاهر ... لهن ان يجمعن بينهما فاذا استكملت البنات الثلثين فلو قاسمن

ق
البنات ثلاثة احوال

كونها صارت عصبة مع البنات

عاصب

ثم
عند مسائل الاضرار

لزم الجمع بينهما فالوجوه واذا كانت الصلبية واحدة اخذت النصف وبقي من فرض البنات السدس
فيأخذنه ان كن منفردات وان كن مختلطات مع الذكور كان لهن الاقل الامرين من السدس والمقاسمة
التيقن بهم ولان لا ياخذ البنات اكثر من الثلثين ولانهن لا ميراث لهن مع الصلبيتين عند الانفراد
فكذا عند الاجتماع لان من لم تكن وارثة عند الانفراد من الاناث فلا يعصبها اخوها عند الاجتماع
كالعم مع العمة وابن الاخ مع اخته وللجمهور قوله تعالى يوصيكم الله في اولادكم للذكر مثل حظ
الانثيين واولاد الابن اولاد على ما بينا من قبل فتنتظمهم الاية وقضية هذا ان يكون المال
مقسوما بين الكل الا انا عملنا في حق اولاد الابن باول الاية وفي حق الصلبيتين او الصلبية الواحدة
بما بعدها وليس فيه جمع بين الحقيقة والمجاز ولا شبهته وانما هو عمل بمقتضى كل لفظ على حدة
ومن حيث المعنى ان البنات الصلبيات ذوات فرض وبنات الابن في هذه الحالة عصبات مع اخيهن
وصاحب الفرض اذا اخذ فرضه خرج من البين كانه لم يكن فصار الباقي من الفرض كجميع المال في حق
العصبة فيشاركنه ولا يخرجن من العصوبة كما لو انفردوا والدليل [illegible] ان صاحب الفرض لو كان غير البنات
كالابوين واحد الزوجين كان كذلك فكذا مع البنات بخلاف العم مع العمة وبنت الاخ مع اخيها لانهما
لا تصيران عصبة معهما اطلاقا سواء كان معهما صاحب فرض او لم يكن فلا يلزم من انتفاء العصوبة
في محل لا يقبلها انتفاؤها في محل يقبلها واخذهن زيادة على الثلثين ليس بمحظور الا ترى انهن يأخذنه
بالمقاسمة عند كثرتهن بان ترك اربعين بنتا وابنا ثم الاصل في بنات الابن عند عدم بنات الصلب
ان اقربهن الى الميت تنزل منزلة البنت الصلبية والتي تليها في القرب منزلة بنات الابن وهكذا ان سفلن
وان سفلن مثاله لو ترك ثلاث بنات ابن بعضهن اسفل من بعض وثلاث بنات ابن ابن اخر بعضهن
اسفل من بعض وثلاث بنات ابن ابن ابن اخر بهذه الصورة

الفريق الاول	الفريق الثاني	الفريق الثالث
[illegible]	[illegible]	[illegible]

فالعليا من الفريق الاول لا يوازيها احد فيكون لها النصف والوسطى
من الفريق الاول يوازيها العليا من الفريق الثاني فيكون لهما
السدس تكملة الثلثين ولا شيء للسفليات الا ان يكون مع
واحدة منهن غلام فيعصبها ومن بحذائها ومن فوقها ممن لم تكن صاحبة فرض حتى لو كان الغلام مع
السفلى من الفريق الاول عصبها وعصب الوسطى من الفريق الثاني والعليا من الفريق الثالث وسقطت
السفليات ولو كان الغلام مع السفلى من الفريق الثاني عصبها وعصب الوسطى منه والوسطى والعليا
من الفريق الثالث والسفلى من الفريق الاول ولو كان مع السفلى من الفريق الثالث عصب الجميع غير اصحاب
الفرائض والمعنى ما ذكرنا ان العليا تنزل منزلة البنت والبواقي تنزل منازل بنات الابن ولو كان
الابن مع العليا من الفريق الاول عصب اخته وسقطت البواقي كما ذكرنا في الاولاد فصار لبنات الابن
احوال ست النصف للواحدة والثلثان للاثنتين فصاعدا والمقاسمة مع ابن الابن والسدس مع
الصلبية الواحدة والسقوط بالابن وبالصلبيتين الا ان يكون معهن غلام وهذا النوع من المسائل
يسمى في عرف الفرضيين تشبيب بنات الابن اذا ذكرن مع اختلاف الدرجات وهو اما مشتق من قولهم
شبب فلان بفلانة اذا اكثر من ذكرها في شعره وتشبيب القصيدة تحسينها وتزيينها بذكر النساء
او من شبب النار يقال اشب النار اذا اوقدها لان فيه تذكية الخواطر او من شب الفرس يشب
ويثب شبابا اذا رفع يديه جميعا واشببته انا اذا هيجته لذلك لانه خروج من [illegible]
الى اخرى كحال الفرس في نزوانه اي وثباته فصار لبنات الابن احوال ست الثلاثة المذكورة في البنات
والسدس مع الصلبية والسقوط بالابن وبالصلبيتين الا ان يكون معهن غلام قال رحمه الله والاخوات

وام كبنات الصلب عند عدمهن اي عند عدم البنات وبنات الابن حتى يكون للواحدة النصف وللثنتين
الثلثان ومع الاخوة لاب وام للذكر مثل حظ الانثيين لقوله تعالى قل الله يفتيكم في الكلالة ان امرؤ هلك
ليس له ولد وله اخت فلها نصف ما ترك وهو يرثها ان لم يكن لها ولد فان كانتا اثنتين فلهما الثلثان
مما ترك وان كانوا اخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الانثيين قال رحمه الله ولاب كبنات الابن مع الصلبيات
اي الاخوات لاب مع الاخوات لاب وام كبنات الابن مع الصلبيات حتى يكون للواحدة من الاخوات
لاب النصف عند عدم الاخوات لاب وام وللثنتين الثلثان فصاعدا ومع الاخوة لاب للذكر مثل حظ
الانثيين ومع الاخت الواحدة لاب وام السدس تكملة الثلثين ويسقطن بالاختين لاب وام الا ان يكون
معهن اخ لاب فيعصبهن لما تلونا وبينا ويأتي فيه خلاف ابن مسعود رضي الله عنه في مقاسمة الاخوة بعد
فرض الاختين لاب وام او اخت واحدة لهما اي للابوين على نحو ما بيناه في بنات الابن مع البنات ضرورة
لهن مع البنت الواحدة اذ الكلام في الاخوات كالكلام في البنات والنص الوارد فيهن كالنص الوارد في البنات
فاستغنينا عن البحث فيهن بالبحث في البنات اذ طريق البحث فيهما واحد قال رحمه الله وعصبهن اخوتهن
والبنت وبنت الابن اي عصب الاخوات لاب وام او لاب اخوتهن والبنت وبنت الابن اما تعصيب
الاخوة لهن فظاهر لما تلونا واما تعصيب البنت لهن وبنت الابن فلقوله عليه السلام اجعلوا الاخوات
مع البنات عصبة وورث معاذ رضي الله عنه في اليمن بنتا واختا فجعل لكل واحدة منهما النصف ورسول
الله صلى الله عليه وسلم حي يومئذ وروي انه عليه السلام قضى في ابنة وابنة ابن واخت للبنت النصف
ولابنة الابن السدس والباقي للاخت وجعل المصنف البنت ممن يعصب الاخوات وهو مجاز وفي
الحقيقة لا تعصبهن وانما يصرن عصبة معها لان بها والبنت بنفسها ليست بعصبة في هذه الحالة
فكيف [illegible] بها بخلاف الاخوة على ما يجيء من قريب ان شاء الله تعالى وهذا قول جمهور الصحابة رضي الله عنهم اجمعين
وروي عن ابن عباس رضي الله عنه انه اسقط الاخوات بالبنت واختلفت الرواية عنه في الاخوة والاخوات
مع البنت في رواية عنه الباقي كله للاخوة وفي رواية اخرى عنه الباقي بينهم للذكر مثل حظ الانثيين
قيل هو الصحيح من مذهبه وكذلك لو كان مع البنت اخت لاب وام واخ واخت لاب في رواية الباقي للاخ
وحده وفي رواية عنه الباقي بين الجميع للذكر مثل حظ الانثيين هو احتج بقوله تعالى ان امرؤ هلك ليس له ولد
وله اخت فلها نصف ما ترك فارثها مشروط بعدم الولد واسم الولد يشمل الذكر والانثى الا ترى ان الله تعالى
حجب الزوج من النصف الى الربع والزوجة من الربع الى الثمن بالولد والام من الثلث الى السدس فاستوى
فيه الذكر والانثى وللجمهور ما روينا واشتراط عدم الولد فيما تلى انما كان لارثها النصف او الثلثين
بطريق الفرض ونحن نقول انها لا ترث مع البنت فرضا وانما ترث على انها عصبة ويحتمل ان يراد بالولد
هنا الذكر وقد قامت الدلالة على ذلك وهو قوله تعالى وهو يرثها ان لم يكن لها ولد يعني اخاها يرثها
ان لم يكن لها ولد ذكر لان الامة اجمعت على ان الاخ يرث تعصيبا مع الانثى من الاولاد ولقوله اشتراط
عدم الولد انما كان لارث الاخ جميع مالها وذلك يمتنع بالولد وان كان انثى قال رحمه الله وللواحد من
ولد الام السدس وللاكثر الثلث ذكورهم واناثهم سواء لقوله تعالى وان كان رجل يورث كلالة او امرأة
وله اخ او اخت فلكل واحد منهما السدس فان كانوا اكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث المراد به اولاد
الام لان اولاد الاب والام او الاب مذكورون في اية النصف على ما ذكرنا من قبل وبهذا قرأها بعضهم
وله اخ او اخت لام واطلاق الشركة يقتضي المساواة كما اذا قال شريكي فلان في هذا المال او قال له
[illegible] سكت [illegible] يقتضي المقابلة بالنصف ولان الله تعالى لما سوى بينهما حالة الانفراد دل ذلك
على استوائهما حالة الاجتماع قال رحمه الله ويحجبن بالابن وابنه وان سفل وبالاب والجد اي الاخوات
بالاتفاق

فصل في الكلالة

كلهن يحجبن بهولاء المذكورين وهم الابن وابن الابن وان سفل والاب والجد وان علا وكذا الاخوة يحجبون
بهم لان ميراثهم مشروط بالكلالة واختلف في الكلالة هل هي صفة الميت او الورثة او التركة وتورث
يورث بكسر الراء وفتحها واياما كان يشترط لتسميته به عدم الوالد والولد للميت فيسقطون
بهم والكلالة مشتقة من الاحاطة ومنه الاكليل لاحاطته بالراس ولفظة كل لاحاطتها بما تدخل
عليه وكذا الكلالة لمن احاط بالشخص من الاخوة والاخوات وقيل اصلها من البعد يقال كلت الرحم
بين فلان وفلان اذا تباعدت ويقال حمل فلان على فلان ثم كل عنه اى تركه وبعد عنه وغير قرابة الولاد
بعيد بالنسبة الى الولاد قال الفرزدق شعر ورثتم قناة المجد لا عن كلالة عن ابني مناف عبد شمس وهاشم
يريد ورثتم مجدكم عن اصولكم لا عن الفروع كالاعمام والاخوة وولد الابن ولد على ما بينا من قبل فلا يكون
كلالة معه قال رحمه الله والبنت تحجب ولد الام فقط اى بنت الميت تحجب الاخوة والاخوات من الام وحدهم
ولا تحجب الاخوة من الابوين او من الاب لما ان شرط ارثهم الكلالة ولا كلالة مع الولد والبنت ولد
فتحجبهم وكذا بنت الابن لما ان ولد الابن ولد فان قيل وجب ان لا يرث الاخوة والاخوات من
الابوين او من الاب مع البنت او بنت الابن لان ارثهم مشروط بالكلالة قلنا الكلالة شرطت
في حقهم لارث النصف او الثلثين او لارث الكل بالعصوبة فاذا انتفت الكلالة انتفى هذا الارث
المشروط بها لا مطلق الارث فيستحقون الارث بالعصوبة مع البنت بنص اخر على ما بينا بخلاف
ارث اولاد الام فان جميع ارثهم مشروط بالكلالة فينتفى بعدمها فصار للاخوات لاب وام خمس
احوال النصف للواحدة والثلثان للاكثر منها والتعصيب باخيهن ومع البنات والسقوط مع
الابن وللاخوات لاب سبع احوال ذي الخمسة والسدس مع الاخت الواحدة من الاب والام
والسقوط بالاثنتين من الاخوات من الابوين كما تقدم وصار لاولاد الام ثلاثة احوال السدس
للواحد والثلث للاكثر منه والسقوط بما ذكرنا قال رحمه الله وعصبة وهو معطوف على قوله ذو
فرض في اول الكتاب بعد ذكر الدين والوصية في قوله ثم يقسم بين ورثته اى وهم ذو فرض
وعصبة وهو معطوف على الخبر فيكون خبرا قال رحمه الله اى من اخذ الكل ان انفرد والباقي مع ذي سهم
هذا تفسير العصبة اى العصبة من ياخذ جميع المال عند انفراده وما ابقته الفرايض عند وجود
من له الفرض المقدر وهذا رسم وليس بحد لانه لا يفيد الا على تقدير ان يعرف الورثة كلهم
ولكن لا يعرف من هو العصبة منهم فيكون تعريفا بالحكم والمقصود معرفة العصبة حتى يعطى ما
ذكر ولا يتصور ذلك الا بعد معرفته فنقول العصبة نوعان نسبية وسببية فالنسبية ثلثة
انواع عصبة بنفسه وهو كل ذكر لا يدخل في نسبته الى الميت انثى وهم اربعة اصناف جزء الميت
واصله وجزء ابيه وجزء جده وعصبة بغيره وهو كل انثى فرضها النصف او الثلثان يصرن عصبة
باخوتهن وعصبة مع غيره وهو كل انثى تصير عصبة مع انثى اخرى كالبنات مع الاخوات والسببية
مولى العتاقة والانثى ليست بعصبة حقيقة لان العصبة انما تسمى عصبة لقوته وحصول
التناصر به ولا يحصل التناصر بالانثى وانما صرن عصبة تبعا او يكون في حق الارث فقط قال رحمه الله
واحق الابن ثم ابنه وان سفل اى اولاهم بالعصوبة جزء الميت وان سفل وغيرهم محجوبون بهم
لقوله تعالى يوصيكم الله في اولادكم للذكر مثل حظ الانثيين الى ان قال سبحانه وتعالى ولابويه لكل واحد
منهما السدس مما ترك ان كان له ولد فجعل الاب صاحب فرض مع الولد ولم يجعل للولد الذكر سهما
مقدرا فتعين الباقي له فدل ان الولد الذكر مقدم عليه بالعصوبة وابن الابن [illegible] لانه
يقوم مقامه فيقدم عليه ايضا ومن حيث المعقول ان الانسان يوثر [illegible]

فصل الاخوات لاب وام خمس احوال

فصل الاخوات للاب سبع احوال

فصل لاولاد الام ثلاثة احوال

فصل في العصبات

ولاجله يؤخر ماله عادة على ما قال عليه السلام الولد مبخلة مجبنة وقضية ذلك ان لا يجاوز بكسبه
محل اختياره الا انا صرفنا مقدار الفرض الى اصحاب الفروض بالنص فبقي الباقي على قضية الدليل وكان
ينبغي ان تقدم البنت ايضا عليه وعلى كل عصبة الا ان الشارع ابطل اختياره بتعيين الفرض لها وجعل
الباقي لاولى رجل قال رحمه الله ثم الاب ثم ابو الاب وان علا اى ثم اولاهم بالعصوبة اصول الميت وان علوا
واولاهم به الاب لان الله تعالى شرط لارث الاخوة الكلالة وهو الذي لا ولد له ولا والد على ما بيناه
فعلم بذلك انهم لا يرثون مع الاب ضرورة وعليه اجماع الامة فاذا كان كذلك مع الاخوة وهم اقرب
الناس اليه بعد فروعه واصوله فما ظنك مع من هو ابعد منهم كاعمامه واعمام ابيه والجد اب
الا ترى انه يقوم مقامه في الولاية عند عدم الاب ويقدم على الاخوة فيه فكذا في الميراث وهو قول
ابي بكر الصديق وابن عباس وعايشة وابي موسى الاشعري وابي الدرداء وابي الطفيل وابن الزبير
ومعاذ بن جبل وجابر بن عبد الله وجماعة اخر منهم رضي الله عنهم اجمعين وبه اخذ ابو حنيفة رحمه الله
قال رحمه الله ثم الاخ لاب وام ثم الاخ لاب ثم ابن الاخ لاب وام ثم ابن الاخ لاب وانما قدموا على الاعمام
لان الله تعالى جعل الارث في الكلالة للاخوة عند عدم الولد والوالد بقوله تعالى وهو يرثها ان لم
يكن لها ولد فعلم بذلك انهم مقدمون على الاعمام ولان الاخوة جزء الاب فكانوا اقرب من الاعمام
لانهم جزء الجد وانما قدم الاخ لاب وام لانه اقوى لاتصاله من الجانبين فكان ذا قرابتين فيرجح
بذلك عند الاستواء في الدرجة وقد قال عليه السلام ان اعيان بني الام يتوارثون دون بني العلات
وكذا الاخت لاب وام تقدم اذا صارت عصبة على الاخت لاب لما ذكرنا ولهذا تقدم في الفرض
فكذا في العصوبة قال رحمه الله ثم الاعمام ثم اعمام الاب ثم اعمام الجد على الترتيب اى اولاهم بالميراث
بعد الاخوة اعمام الميت لانهم جزء الجد فكانوا اقرب وقد قال عليه السلام الحقوا الفرايض باهلها
فما ابقت فلاولى رجل ثم اعمام الاب لكونهم اقرب بعد ذلك لانهم جزء الجد ثم اعمام الجد لانهم اقرب
بعدهم وقوله على الترتيب اى على الترتيب الذي ذكرنا في الاخوة وهو ان يقدم العم لاب وام على
العم لاب ثم العم لاب على ولد العم لاب وام وكذا يعمل في اعمام الاب يقدم منهم ذو قرابتين عند
الاستواء في الدرجة وعند التفاوت في الدرجة يقدم الاعلى قال رحمه الله ثم المعتق لقوله عليه السلام
الولاء لحمة كلحمة النسب وهو اخر العصبات لقوله عليه السلام للذي اعتق عبده هو اخوك ومولاك
ان شكرك فهو خير له وشر لك وان كفرك فهو خير لك وشر له وان مات ولم يدع وارثا كنت انت عصبته
والمراد بالوارث وارث هو عصبة بدليل ان ابنة حمزة رضي الله عنه اعتقت عبدا فمات وترك
بنتا فجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم نصف ماله لابنته ونصفه الاخر لابنة حمزة وهي المعتقة
قال رحمه الله ثم عصبته على الترتيب اى عصبة المولى ومعناه اذا لم يكن للمعتق عصبة من النسب
على الترتيب الذي ذكرنا فعصبته مولاه الذي اعتقه فان لم يكن مولاه الذي اعتقه فعصبته عصبة
المعتق وهو المولى على الترتيب الذي ذكرناه بان يكون جزء الميت اولى وان سفل ثم اصوله ثم جزء
ابيه ثم جزء جده [illegible] عند الاستواء وبعلو الدرجة عند التفاوت قال رحمه الله
[illegible] والثلثان يصرن عصبة باخوتهن وهن اربع من النساء البنات وبنات
الابن والاخوات لاب وام والاخوات لاب وهؤلاء يصرن عصبة باخوتهن وقد بيناه في بيان ميراثهن
[illegible] في البنات والاخوات ظاهر لان عصوبتهن تقتصر عليهن واما بنات الابن
[illegible] ايضا وان سفل كما ذكرنا في مسائل التشبيب فيكون معناه في
[illegible] باخوتهن [illegible] ذكر العصبات هنا واستوفاه الا العصبة

مع غيره وهن الاخوات مع البنات وانما ترك ذكرهن هنا لانه ذكرهن فيما تقدم وقد شرحناه هناك فلا نعيده
وانما سمين عصبة مع غيره ومع اخيهن عصبة بغيره لان ذلك الغير وهن البنات شرط لصيرورتهن
عصبة ولم يجعلن عصبة بهن لان انفسهن ليس بعصبة فكيف يجعلن غيرهن عصبة بهن بخلاف
ما اذا كن مع اخوتهن لان الاخوة بانفسهم عصبة فيصرن به عصبة تبعا **قال رحمه الله** ومن يدلي
بغيره يحجب به اي بذلك الغير سوى ولد الام فانه يدلي بالام ولا تحجبه بل هي تحجب بالاثنين منهم
من الثلث الى السدس على ما بينا وانما لا تحجبه الام لانها لا تستحق جميع التركة ولا يرث هو ارثها
لانها ترث بالولادة وهو بالاخوة فلا يتصور الحجب فيه بخلاف الجدة حيث تحجب بالام لانها ترث
ميراث الام والام اولى به منها لانها اقرب وبخلاف الاب حيث يحجب الجد والجدة من قبله
والاخوة والاخوات كلهم لانه يستحق جميع التركة وكذلك الابن يحجب ابنه لما ذكرنا فحاصله ان الحجب
باحد امرين اما بمن يدلي به بشرطه على ما ذكرنا او يكون الحاجب اقرب كالاعمام يحجبون بالاخوة
وباولادهم وكاولاد الاعمام والاخوة يحجبون بالاعلى درجة منهم **قال رحمه الله** والمحجوب يحجب كالاخوين
او الاختين يحجبان الام من الثلث الى السدس مع الاب وهما لا يرثان معه لان ارث الاخوة مشروط
بالكلالة وارث الام الثلث مشروط بعدم الاثنين من الاخوة وروي عن ابن عباس رضي الله عنهما
في اب وام وثلاثة اخوة للام السدس وللاخوة السدس والباقي للاب فجعل للاخوة ما نقص
من نصيب الام لان اية الكلالة تمنع من ذلك واية تحجب الام بهم لا توجب لهم ما نقص من نصيبها
فيحجبونها من غير ان يحصل لهم شيء **قال رحمه الله** لا المحروم بالرق والقتل مباشرة واختلاف الدين او الدار
اي لا يحجب المحروم من الارث بهذه الاشياء وعند ابن مسعود رضي الله عنه يحجب حجب النقصان لنقص نصيب
الزوجين والام بالولد المحروم لما ذكرنا لان الله تعالى ذكر الولد مطلقا ونقص به نصيبهم من غير فصل بين
ان يكون وارثا او محروما وكذا نقص نصيب الام بالاخوة مطلقا من غير فصل فيتناول على اطلاقه ولا
يحجب حجب الحرمان لانه لو حجبه هذا الحجب وهو لا يرث لادى الى دفعه الى بيت المال مع وجود الوارث
او الى تضييعه لان بيت المال ايضا لا يرث مع الابن او الاخوة وجه قول الجمهور ان المحروم في حق
الارث كالميت لانه حرم لمعنى في نفسه كالميت ثم الميت لا يحجب فكذا المحروم فصار كحجب الحرمان والنصوص
التي توجب نقصان ارثهم لا نسلم انها مطلقة لان الله تعالى ذكر الاولاد او الاخوة اثبت لهم ميراثا ثم ذكر
بعد ذلك حجب النقصان بهم فينصرف الى المذكورين اولا وهم المتاهلون للارث كذا يقال في
الاخوة والاخوات لان المذكورين منهم في الارث هم المتاهلون للارث وهذا لان المحروم اتصلت به
صفة تسلب اهلية الارث فالحقته بالمعدوم ولا كذلك المحجوب فانه اهل في نفسه الا ان حاجبه
غلبه على ارثه لزيادة قربه فلا يبطل عمله في حق غيره وانما ذكر سبب الحرمان بقوله لا المحروم
بالرق الى اخره ليبين الاسباب المانعة من الارث فان الرق يمنع الارث لان الرقيق لا يملك شيئا
قال الله تعالى ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شيء وقال [illegible] العبد لا [illegible]
ولا فرق في ذلك بين ان يكون قنا وهو الذي لم ينعقد له سبب الحرية اصلا وبين من انعقد له
سبب الحرية كالمدبر والمكاتب وام الولد ومعتق البعض عند ابي حنيفة [illegible]
وهو عدم تصور الملك لهم والمكاتب لا يملك الرقبة وهو عبد ما بقي عليه درهم [illegible]
فلا يكون اهلا للارث والقتل الذي يمنع الارث هو الذي يتعلق به وجوب القصاص او الكفارة
وما لا يتعلق به واحد منهما كالقتل بسبب او بقصاص او يوجب [illegible] لا يمنع الارث لان الارث عقوبة
فيتعلق بما يتعلق به العقوبة وهو القصاص او الكفارة والشافعي [illegible] يتعلقه بطلق القتل حتى

الاب يحجب الاخوة والاخوات

ارث الزوجين والام

لا يرث عنده اذا قتله بقصاص او رجم او كان القريب قاضيا فحكم بذلك او شاهدا فشهد به او باغيا
فقتله او شهر عليه سيفا فقتله دفعا كل ذلك يمنع الارث عنده وهذا لا معنى له لان الشارع اوجب
عليه قتله او جاز له قتله في هذه الصورة فكيف توجب عليه العقوبة به بعد ذلك ولهذا لا يتعلق
بهذا القتل سائر عقوبات القتل فكذا الحرمان والمراد بقوله عليه السلام ليس للقاتل شيء من الميراث هو
القتل بالتعدي دل عليه قوله عليه السلام ليس للقاتل ميراث بعد صاحب البقرة اي قاتل هو كصاحب
البقرة وهو كان متعديا واحترز بقوله مباشرة عن القتل بالتسبب واختلاف الدين ايضا يمنع الارث
والمراد به الاختلاف بين الاسلام والكفر لقوله عليه السلام لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم واما
اختلاف ملل الكفار كالنصرانية واليهودية والمجوسية وعبادة الوثن فلا يمنع الارث حتى يجري
التوارث بين اليهودي والمجوسي او النصراني لان الكفر كله ملة واحدة وقال عليه السلام الناس كلهم
حيز ونحن حيز واختلاف الدارين يمنع الارث والمراد هو الاختلاف حكما حتى لا تعتبر الحقيقة
بدونه حتى لا يجري الارث بين المستامن والذمي في دارنا ولا في دار الحرب ويجري بين المستامن
وبين من هو في داره لان المستامن اذا دخل الينا او اليهم هو من اهل داره حكما وان كان في غيرها
حقيقة والدار انما تختلف باختلاف المنعة والملك كدار الاسلام ودار الحرب ودارين مختلفين
من دار الحرب باختلاف ملكهم لانقطاع الولاية والتناصر فيما بينهم والارث يكون بالولاية
قال رحمه الله والكافر يرث بالنسب والسبب كالمسلم لانه محتاج مكلف فيملك بالاسباب الموضوعة
للملك كالمسلم ولانه لعقد الذمة التحق بالمسلم في المعاملات فيملك بالاسباب الموضوعة للملك
كالمسلم فيكون حكمه في ذلك كحكم المسلم **قال رحمه الله** ولو حجب احدهما فبالحاجب اي لو اجتمعت في الكافر
قرابتان [illegible] في شخصين حجب احدهما الاخر يرث بالحاجب وان لم يحجب يرث بالقرابتين كما اذا
تزوج المجوسي [illegible] فولدت له ابنا فهذا الولد ابنها وابن ابنها فيرث منها اذا ماتت على انه ابن
ولا يرث على انه ابن ابن لان ابن الابن يحجب بالابن ولو ولدت له بنتا مكان الابن ترث الثلثين النصف
على انها بنت والسدس على انها بنت الابن تكملة الثلثين وترث من ابيها على انها بنت ولا ترث
على انها اخت له من ام لان الاخت تسقط بالبنت ولو تزوج بنته فولدت له بنتا ترث من امها
النصف على انها بنت وترث الباقي على انها عصبة لانها اختها من ابيها وهي عصبة مع البنت وان مات
ابوها ترث النصف على انها بنت ولا ترث على انها بنت بنت لانها من ذوي الارحام فلا ترث مع وجود
ذي سهم او عصبة وهو قول عامة الصحابة رضي الله عنهم وبه اخذ اصحابنا وفي رواية عن ابن مسعود
وزيد بن ثابت انه يرث باثبت القرابتين واكدهما اي باقواهما وبه اخذ مالك والشافعي رحمهما الله
والصحيح الاول لان فيه اعمال السبب ولا يجوز ابطاله بغير مانع والمانع الحاجب ولم يوجد فياخذ
بالجهتين لا ترى ان المسلم يرث بالجهتين ان اتفق له ذلك بان ماتت المراة وتركت ابن عمها وهو
زوجها او اخوها من امها فانه يرث بالفرض والعصوبة فكذا الكافر اذ هو لا يخالف المسلم في سبب
الملك [illegible] بخلاف [illegible] حيث لا يرث الا بالعصوبة ولا يرث بالفرض على انه اخ
من ام لانه [illegible] لانه يرث بالاخوة وهي جهة واحدة فلا يصح الاستحقاق بهما
[illegible] القوة كالاخ لاب **قال رحمه الله** لا بنكاح محرم اي لا يرث
[illegible] اذا تزوج المجوسي امه او غيرها من المحارم لا يرث منها بالنكاح اما عندهما فظاهر
لان النكاح [illegible] وان كان له حكم الصحة لكن لا يقر عليه اذا اسلم فكان
كالفاسد **قال رحمه الله** [illegible] الزنا واللعان بجهة الام فقط لان نسبه من جهة الاب منقطع فلا يرث به

اختلاف الدين يمنع الارث

وجهة الام ثابت فيرث به امه واخوته من الام بالفرض لاغير وكذا ترثه امه واخوته من امه فرضا لاغير ولا يتصور ان يرث هو او يورث بالعصوبة الا بالولاء او الولاد فيرثه من اعتقه او اعتق امه او ولده بالعصوبة وكذا هو يرث معتقه او معتق معتقه او ولده بذلك

ويوقف للحمل حظ ابن اى اذا ترك الميت امرأته حاملا او غيرها ممن يرثه ولدها وقف لاجله نصيب ابن واحد وهذا قول ابى يوسف رحمه الله وعنه يوقف نصيب ابنين وهو قول محمد رحمه الله لان ولادة الاثنين معتاد وعن ابى حنيفة رحمه الله انه يوقف نصيب اربع بنين او اربع بنات ايهما اكثر لانه يتصور ولادة اربعة فى بطن واحد فيترك نصيبهم احتياطا والفتوى على الاول لان ولادة الواحد هو الغالب والاكثر منه موهوم والحكم للغالب ويؤخذ كفيل من الورثة على قوله لاحتمال ان يكون اكثر وهذا اذا كان فى الورثة ولد واما اذا لم يكن فيهم ولد فلا يختلف الميراث بينهم بكثرة الاولاد وقلتهم وجملة الامر لا يخلو اما ان يكون الورثة كلهم اولادا او لا فان كانوا كلهم اولادا يترك ما ذكرنا من العدد على الاختلاف وان لم يكونوا كلهم اولادا فلا يخلو اما ان يكون فيهم اولاد او لا فان كان فيهم اولاد يعطى كل وارث هو غير الولد نصيبه ثم يقسم الباقى على الاولاد ويترك نصيب الحمل منه على الاختلاف الذى ذكرناه وان لم يكن فى الورثة ولد والحمل من الميت يعطى كل وارث منهم نصيبه على تقدير الحمل ذكرا وانثى ايهما اقل وان كان على احد التقديرين يرث دون الآخر فلا يعطى شيئا وكذا اذا كان فيهم من لا يرث على تقدير ولادته حيا او على تقدير ولادته ميتا فلا يعطى شيئا لاحتمال وان كان نصيبه على احد التقديرين اكثر يعطى الاقل المتيقن به ويوقف الباقى قال رحمه الله ويرث ان خرج اكثره فمات لا اقله اى الحمل يرث ان خرج اكثره وهو حى ثم مات وان خرج اقله وهو حى فمات لم يرث لان انفصاله حيا من البطن شرط الارث والاكثر يقوم مقام الكل ثم ان خرج مستقيما فالمعتبر صدره وان خرج منكوسا فالمعتبر سرته وقد بيناه من قبل قال رحمه الله ولا توارث بين الغرقى والحرقى الا اذا علم ترتيب الموتى اى اذا مات جماعة فى الغرق او الحرق او الاحتراق ولا يدرى ايهم مات اولا جعلوا كانهم ماتوا جميعا معا فيكون مال كل واحد منهم لورثته ولا يرث بعضهم بعضا الا اذا عرف ترتيب موتهم فيرث المتأخر من المتقدم وهو قول ابى بكر وعمر وزيد واحدى الروايتين عن على رضى الله عنه وانما كان كذلك لان الارث يبنى على اليقين بسبب الاستحقاق وشرطه وهو حياة الوارث بعد موت المورث ولم يثبت ذلك فلا يرث بالشك وقال ابن مسعود يرث بعضهم بعضا الا ما ورث كل واحد منهما من صاحبه وهو احدى الروايتين عن على رضى الله عنه ووجهه ان حياة كل واحد منهم كانت ثابتة بيقين والاصل بقاؤها الا ما بعد موت الآخر ولان الحادث يضاف الى اقرب الاوقات فكل واحد منهم مات بعد موت الآخر فيرث منه الا ما ورث منه للتعليل لان تقديره حيا بعد موته حتى يرث ما ورث منه محال قلنا اذا استحال فى حق البعض استحال فى حق الكل اذ سبب الحكم الارث متحد لا يقبل التجزى وظاهر حياتهم تصلح للدفع لا للاستحقاق وكذلك اذا ماتوا بانهدام الجدار عليهم او فى المعركة ولا يدرى ايهم مات اولا قال رحمه الله وذو رحم وهو معطوف على العصبة اى يقسم ماله بين ورثته وهم ذو فرض وعصبة وذو رحم قال رحمه الله وعصبة اى ذو الرحم هو قريب ليس بوارث بفرض ولا عصبة وفى الحقيقة كل وارث لا يخرج من ان يكون ذا رحم وعصبة وقريب هو ليس بذى سهم ولا عصبة ومضى الكلام فى الاولين يرثون عند عدم النوعين الاولين وهو قول عامة الصحابة

فانه يقول لا ميراث لذوى الارحام بل يوضع فى بيت المال وبه اخذ مالك والشافعى رحمهما الله تعالى لما روى عن عطاء بن يسار ان رجلا من الانصار جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله رجل هلك وترك عمته وخالته فقال النبى صلى الله عليه وسلم وهو واقف فوقف ثم رفع يديه وقال اللهم رجل هلك وترك عمته وخالته فسأله الرجل ويقول النبى صلى الله عليه وسلم ذلك ثلاث مرات ثم قال لا شيء لهما وفى بعض رواياته لا ارى ينزل على شيء لا شيء لهما وروى انه قال لا اجد لهما واذا لم ينزل عليه لا يمكن اثباته بالرأى لان المقادير لا يمكن اثباتها بالرأى ولنا ما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما ان النبى صلى الله عليه وسلم آخى بين الصحابة فكانوا يتوارثون بذلك حتى نزلت واولوا الارحام بعضهم اولى ببعض فى كتاب الله فتوارثوا بالنسب وعن المقدام بن معدى كرب عن النبى صلى الله عليه وسلم قال من ترك مالا فلورثته وانا وارث من لا وارث له اعقل عنه وارثه والخال وارث من لا وارث له يعقل عنه ويرثه رواه احمد وابو داود وغيرهما وحين مات ثابت بن الدحداح وكان غريبا انا لا نعرف من اين هو قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لعاصم بن عدى هل تعرفون له فيكم نسبا قال لا يا رسول الله فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم ابا لبابة بن المنذر ابن اخته فاعطاه ميراثه وعن امامة بن سهل ان رجلا رمى رجلا بسهم فقتله وليس له وارث الا خال فكتب فى ذلك ابو عبيدة الى عمر رضى الله عنه فكتب عمر ان النبى صلى الله عليه وسلم قال الله ورسوله مولى من لا مولى له والخال وارث من لا وارث له وقال الترمذى حديث حسن وقال الطحاوى فهذه آثار متصلة قد تواترت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعلى هذا كانت الصحابة رضى الله عنهم جميعا وروى عن عمر رضى الله عنه فى عم لام وخالة اعطى العم الثلثين والخالة الثلث وقال عبد الله بن مسعود ... العمة الثلثان والخالة الثلث وكان المسلمون اذا لم يكن للميت وارث يورثونه ... لبعضهم اقرب اليه من بعض ورث ماله ولولا خوف الاطالة لاوردنا ما يحكى من ... الواقعات وما رووه منقطع ومن مذهب الخصم ان لا يكون حجة فكيف يحتج به على غيره ومثله غير ملزم ثم هو لو ثبت لم يكن فيه ايضا عندنا حجة فى دفع مواريث ذوى الارحام لانه معارض بما تلونا من الآية ويحتمل ان يكون هناك من هو اولى منهما او قبل نزول الآية ويحتمل قوله عليه السلام لا شيء لهما ان اراد به الفرض اى لا فرض لهما مقدر ونحن نقول به فان قيل لا حجة لكم فى الآية لانها نزلت ردا للتوارث بالاخاء وهو الموالاة ويحتمل ان يكون المراد بها العصبة واصحاب السهام وليس فيها دلالة على ان المراد بها غيرهم قلنا العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب وهى عامة فيعمل بعمومها على ان كثيرا من اصحاب الشافعى منهم ابن سريج خالفوه وذهبوا الى توريث ذوى الارحام وهو اختيار متأخريهم للفتوى فى زماننا لفساد بيت المال وصرفه فى غير المصارف قال رحمه الله ولا يرث مع ذى سهم وعصبة سوى احد الزوجين لعدم الرد عليهما اى لا يرث ذوو الارحام مع وجود ذى فرض او عصبة الا اذا كان صاحب الفرض احد الزوجين فيرثون معه لعدم الرد عليه لان العصبة اولى منه وكذا الرد على ذى السهام اولى من ذوى الارحام لانهم اقرب الا الزوجين فانهما لا قرابة لهما مع الميت وارثهما ... فيأخذ ما فضل بعد قضاء الدين فكذا لا يرد عليهما ما فضل من فرضهما ... كان عثمان بن عفان رضى الله عنه يرد على الزوجين ايضا وكان زيد بن ثابت لا يرى الرد على احد من ذوى الفروض وما فضل منهم يوضع فى بيت المال ... قال رحمه الله وترتيبهم كترتيب العصبات اى ترتيب ذوى الارحام فى الارث كترتيب العصبة ... كالاجداد الفاسدين والجدات الفاسدات ... الاخوات وبنات الاخوة وبنى الاخوة لام وان نزلوا ثم فروع جديه

وجدته كالاعمام والعمات واولادهن والاخوال والخالات وان بعلوا فصاروا اربعة اصناف وروى

ابو سليمان عن محمد بن الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله ان اولاهم بالميراث الاصول والاول اصح لان الفروع اقرب

كما في العصبات قال رحمه الله والترجيح بقرب الدرجة لان ارثهم بطريق العصوبة فيقدم الاقرب على

الابعد في كل صنف منهم كما في العصبات قال رحمه الله ثم يكون الاصل وارثا اذا استويا في الدرجة

فمن يدلي بوارث اولى من كل صنف لان الوارث اقوى قرابة من غير الوارث بدليل تقدمه عليه في

استحقاق الارث فكان من يدلي به اقوى وللقوة تاثير في التقديم الا ترى ان بني الاعيان

يقدمون على بني العلات في العصوبة لهذا المعنى قال رحمه الله وعند اختلاف الجهة القرابة فلقرابة

الاب ضعف قرابة الام اي اذا كان بعض ذوي الارحام من جهة الاب وبعضهم من جهة الام كان

لمن هو من جهة الاب الثلثان ومن جهة الام الثلث لما روينا من قضية عمر وابن مسعود رضي الله عنهما

ولان قرابة الاب اقوى فيكون لهم الثلثان والثلث لقرابة الام وهذا لا يتصور في الفروع وانما

يتصور في الاصول كالعمات والاخوال قال رحمه الله وان اتفق الاصول فالقسمة على الابدان اي ان اتفقت

صفة من يدلون به في الذكورة والانوثة ولم يختلفوا فيها كانت القسمة على ابدانهم حتى يجعل

بينهم للذكر مثل حظ الانثيين والمراد بالاصول المدلى بهم سواء كانوا اصولا لهم او لم يكونوا

قال رحمه الله والا فالعدد منهم والوصف من بطن اختلف اي ان لم تتفق صفة الاصول يعتبر العدد

من الفروع اي المدلون بهم والصفة من بطن اختلف فيقسم المال على ذلك البطن فيعتبر عدد كل

واحد في ذلك البطن بعدد فروعه حتى يجعل الذكر الذي في ذلك البطن ذكورا بعدد فروعه

والانثى الواحدة اناثا بعدد فروعها ويعطى الفروع ميراث الاصول واذا كان فيهم بطون مختلفة

يقسم المال على اول بطن اختلف على الصفة التي ذكرنا ثم يجعل الذكور طائفة والاناث طائفة

بعد القسمة فما اصاب الذكور يجمع ويقسم على اول بطن اختلف بعد ذلك وكذا ما اصاب الاناث

وهكذا يعمل الى ان ينتهي الى الذين هم احياء وهذا قول محمد رحمه الله وعند ابي يوسف والحسن بن

زياد تعتبر ابدان الفروع سواء اتفقت صفة الاصول في الذكورة والانوثة او اختلفت

ولو كان لبعضهم جهتان او اكثر تعتبر الجهتان والجهات فيرث بكل جهة غير ان ابا يوسف يعتبرها في الفروع

ومحمد في الاصول بخلاف الجدة حيث لا ترث الا بجهة واحدة عند ابي يوسف وذو الرحم يرث

بالجهتين عنده في الصحيح والفرق له على هذه الرواية ان الجدة تستحق الارث باسم الجدة والاسم

لا يختلف بينهن وارث ذوي الارحام بالقرابة فيتعدد بتعددها وقول محمد اصح في ذوي الارحام

جميعا وهو اشهر الروايتين عن ابي حنيفة رحمه الله قال رحمه الله والفروض نصف وربع وثمن وثلثان

وثلث وسدس اي الفروض المقدرة بكتاب الله تعالى هذه الستة وهي نوعان على التنصيف

ان بدات بالاكثر او على التضعيف ان بدات بالاقل فتقول النصف ونصفه ونصف نصفه

والثلثان ونصفه ونصف نصفه او تقول الثمن وضعفه وضعف ضعفه قال رحمه الله ومخارجها

اثنان النصف واربعة وثمانية وثلاثة وستة سميها ...

اي مخارج هذه الفروض المذكورة وهي الستة سبعة ...

احد النوعين بالاخر فاصله ان هذه الفروض ...

بغيره فان جاء منفردا فمخرج كل فرض سميه وهو ...

اثنين وليس بسمي له ...

فان اختلط كل نوع بنوعه فمخرج الاقل منه يكون مخرجا للكل لان ما كان مخرجا للجزء يكون مخرجا لضعفه

ولضعف ضعفه فان اختلط احد النوعين بالنوع الاخر فمخرجهما من اقل عدد يجمعهما واذا اردت

معرفة ذلك انظر مخرج كل واحد من الفرضين على حدة ثم انظر هل بينهما موافقة او لا فان كان بينهما

موافقة فاضرب وفق احدهما في جميع الاخر وان لم يكن بينهما موافقة فاضرب جميع احدهما في جميع

الاخر فالمبلغ مخرج الفرضين ثم اذا اختلط النصف من الاول بكل الثاني او ببعضه فهو من ستة

لان بين مخرج النصف والسدس موافقة بالنصف فاذا ضربت وفق احدهما في جميع الاخر بلغ ستة

وان اختلط بالثلث او الثلثين فلا موافقة بين المخرجين فاضرب احدهما في جميع الاخر يبلغ ستة

واذا اختلط الربع من الاول بكل الثاني او ببعضه فهو من اثني عشر لان مخرج الربع وهو الاربعة

يوافق مخرج السدس وهو الستة بالنصف فاذا ضربت وفق احدهما في جميع الاخر يبلغ اثني عشر وهو

مخرج الجزءان وان كان المختلط به الثلث او الثلثان فلا موافقة بين المخرجين فاضرب احدهما في

الاخر يبلغ اثني عشر وان كان المختلط بالثاني هو الثمن فان كان المختلط به السدس فبين المخرجين

موافقة بالنصف وان كان المختلط به الثلثين فلا موافقة بينهما فاضرب ثلاثة في ثمانية تبلغ

اربعا وعشرين فهي مخرج الجزءان فصارت جملة المخارج سبعة ولا يجتمع اكثر من اربع فروض

في مسئلة واحدة ولا يجتمع من اصحابها اكثر من خمس طوايف ولا يتكلم على اكثر من اربع طوايف

قال رحمه الله وتعول بزيادة اي تعول هذه المخارج بزيادة من اجزاء المخرج اذا اجتمع في مخرج فروض

كثيرة بحيث لا يفي اجزاء المخرج لذلك فيحتاج الى العول بزيادة من اجزاء المخرج فترتفع المسئلة والعول

الارتفاع ومنه عال الميزان اذا ارتفع فسمي عولا لارتفاع المسئلة او لما فيه من الميل عن الفرض المقدر

والعول يقال عال الحاكم في حكمه اذا مال وجار ومنه قوله تعالى ذلك ادنى ان لا تعولوا

والمراد بالعول عول بعضها لان كلها لا تعول وانما يعول ثلاثة منها الستة واثنا عشر واربعة وعشرون

والاربعة الاخر لا تعول قال رحمه الله فستة تعول الى عشرة وترا وشفعا يريد بالوتر السبعة والتسعة

والشفع الثمانية والعشرة فمثال عولها الى سبعة زوج واختان لابوين او لاب او زوج واخت لام واخت

لاب ومثال عولها الى ثمانية زوج واخت من اب واختان من ام او زوج وثلاث اخوات متفرقات او زوج

وام واخت من اب او زوج واختان من ابوين واخت من ام او زوج وام واختان من اب ومثال عولها

الى تسعة زوج وثلاث اخوات متفرقات وام او زوج واختان من اب واختان من ام او زوج واختان

من الابوين وام واخت من ام ومثال عولها الى عشرة زوج واختان من اب واختان من ام وام قال رحمه الله

واثنا عشر الى سبعة عشر وترا اي اثنا عشر تعول الى سبعة عشر وترا لا شفعا والمراد بالوتر ثلاثة عشر

وخمسة عشر وسبعة عشر فمثال عولها الى ثلاثة عشر زوج وبنتان وام او زوجة واختان لابوين واخت لام

او زوج وبنت ابن وام وجدة ومثال عولها الى خمسة عشر زوج وبنتان وابوان او زوجة واختان

لاب واختان لام ومثال عولها الى سبعة عشر ... ثلاث زوجات

قال رحمه الله ... الى سبعة وعشرين اي اربعة وعشرون تعول الى سبعة وعشرين وما

... وهي زوجة وبنتان وابوان سميت بذلك

... فقال عاد ثمنها تسعا مرتجلا ومضى في خطبته ولا تعول

... تعول عنده الى احد وثلاثين فيما اذا ترك امراة

سهم ثالو تركت زوجا وابوين وست بنات فاصل المسئلة من اثنى عشر لاجتماع الربع بالسدس وتعول الى خمسة عشر للزوج الربع وهو ثلاثة ولكل من الابوين سدس فيكون لهما اربعة منقسمة عليهما وللبنات الثلثان وهو ثمانية منكسرة عليهن ولكن بين روسهن وسهامهن موافقة بالنصف فنضرب نصف روسهن وهو ثلاثة في المسئلة وعولها وهو خمسة عشر يحصل خمسة واربعون ومنها تصح المسئلة كان للزوج من الخمسة عشر ثلاثة ونضربها في المضروب فيه وهو ثلاثة يحصل تسعة فهي له وكان للابوين منها اربعة ونضربها في الثلاثة يحصل اثنى عشر فهي لهما وكان للست البنات من الخمسة عشر ثمانية ونضربها في الثلاثة يحصل اربعة وعشرون فلكل بنت [illegible]

لام الثلث ومجموع ذلك احد وثلاثون فاذا فرغنا من ذلك حينا الى التصحيح ولابد التصحيح من معرفة اربعة اشياء التماثل والمداخل والتوافق والتباين بين العددين ليتمكن من العمل في التصحيح فنقول ان كان احد العددين مثلا للاخر فهو المماثلة فيكتفى بضرب احدهما عن الاخر وان لم يكن مثلا له فان كان الاقل جزأ للاكثر فهي المداخلة وان لم يكن جزأ له فان توافقا في جزء فهي الموافقة بينهما وان لم يتوافقا في جزء فهي المباينة ولا يخلو عددان اجتمعا من احد هذه الاحوال الاربعة لانهما اما ان يتساويا اولا فان تساويا فهي المماثلة وان لم يتساويا فلا يخلو اما ان يكون الاقل جزأ للاكثر اولا فان كان جزأ له فهي المداخلة وان لم يكن جزأ له فلا يخلو اما ان يتفقا في جزء اولا فان اتفقا فيه فهي الموافقة وان لم يتفقا فيه فهي المباينة وطريق معرفة كل واحد منها مذكور في المطولات وهذه الاربعة كلها جارية بين الروس والروس وكذا بين الروس والسهام الا المداخلة فان العمل فيها كالموافقة اذا كانت الروس اكثر من السهام وكالمماثلة اذا كانت السهام اكثر لانها تنقسم عليهم كما تنقسم عليهم المماثلة وفايدة التصحيح بيان كيفية العمل في القسمة بين المستحقين من اقل عدد يمكن على وجه يسلم الحاصل لكل واحد من الكسر ولهذا يسمى تصحيحا قال رحمه الله وان انكسر حظ فريق ضرب وفق العدد في الفريضة ان وافق اى اذا انكسر نصيب طايفة من الورثة ينظر بين روسهم وسهامهم فان كان بينهما موافقة ضرب وفق عددهم في الفريضة وهي اصل المسئلة وعولها ان كانت عايلة فالمبلغ تصحيح المسئلة كجدة واخت لام وعشرين اختا لاب اصلها من ستة فللجدة سهم وكذا للاخت لام وللاخوات لاب اربعة لا تنقسم عليهن وتوافق روسهن بالربع فاضرب ربع روسهن وهو خمسة في اصل المسئلة وهي ستة تبلغ ثلاثين فمنها تصح قال رحمه الله والا فالعدد في الفريضة فالمبلغ مخرج [illegible] الروس والسهام فاضرب عدد الروس في الفريضة وهي اصل المسئلة وعولها ان كانت عايلة فما بلغ من الضرب فهو التصحيح في المسئلتين اى في المباينة والموافقة وقد ذكرنا مثال الموافقة ومثال المباينة زوج وسبع اخوات لاب اصلها من ستة وتعول الى سبعة للزوج النصف ثلاثة وللاخوات الثلثان اربعة فلا ينقسم عليهن ولا موافق فاضرب روسهن في الفريضة تبلغ تسعة واربعين فمنها تصح قال رحمه الله وان تعدد الكسر وتماثل ضرب واحد اى اذا انكسر على اكثر من طايفة واحدة وتماثل اعداد المنكسر عليهم يضرب فريق واحد في اصل المسئلة وعولها ان كانت عايلة فما بلغ من الضرب فهو تصحيح المسئلة مثاله ست اخوات لاب وام وثلاث اخوات لام وثلاث جدات اصلها من ستة وتعول الى سبعة للاخوات لاب والام الثلثان اربعة لا تنقسم عليهن وتوافق بالنصف فرد روسهن الى النصف ثلاثة وللاخوات لام الثلث سهمان لا ينقسم عليهن ولا توافق وللجدات السدس سهم لا ينقسم عليهن ولا توافق فاجتمع معك ثلاثة اعداد متماثلة فاضرب واحدا منها في الفريضة يبلغ احدى وعشرين فمنها تصح ولو كان [illegible] الاعداد متماثلا دون البعض ضربت روس فريق واحد من المتماثلين في عدد [illegible] فما بلغ ضربته في الفريضة فما بلغ صحت منه المسئلة مثاله [illegible] المذكورة والمسئلة بحالها ضربت ثلاثة في خمسة [illegible] وهي سبعة تبلغ مائة وخمسة فمنها تصح ولو [illegible] عشر جدة ضربت التسعة في خمسة فما بلغ في الفريضة [illegible] واحدة يضرب ما بلغ من الضرب الاول فيما [illegible]

وهذه الصورة كالصورتين السابقتين اصلها من اثنى عشر لاجتماع الربع والثلثان كما يرد مثلها الا الاربعة التي هي اقل مخارج فرض من لا يرد عليه فاذا اعطينا الزوج ههنا واحدا بقي ثلاثة فلا تستقيم على البنات الخمس لا تباينها وبين عدد الروس مباينة فضربنا كل عدد الروس في مخرج فرض من لا يرد عليه اى الاربعة تحصل عشرون ومنها تصح المسئلة كان للزوج واحد ضربناه في المضروب وهو خمسة فكان خمسة فاعطيناه اياها وكان للبنات ثلاثة ضربناها في الخمسة صارت خمسة عشر فلكل منهن ثلاثة سيد شريف

٢٢١

قال رحمه الله والا فمن سهامهم فمن اثنين لو سدسان وثلاثة لو ثلث وسدس واربعة لو نصف وسدس وخمسة لو ثلثان وسدس او نصف وسدسان او نصف وثلث اى ان لم يكن من يرد عليه جنسا واحدا بان كانا جنسين او ثلاثة تجعل المسئلة من سهامهم فتجعل من اثنين لو اجتمع سدسان كجدة واخت لام او من ثلاثة اذا اجتمع ثلث وسدس كاخوين لام وجدة او ام واخ لام او ام واخوين لام ومن اربعة ان اجتمع نصف وسدس كبنت وبنات ابن او اخت لابوين واخوات لاب او اخت لاب واخ لام او جدة مع واحد ممن يستحق النصف من الاناث ومن خمسة اذا اجتمع ثلثان وسدس كام او جدة مع من يستحق الثلثين من الاناث او اختان لاب واخ لام او نصف وسدسان كبنت وبنت ابن وام او جدة او اخت لام واختان لاب او ثلاثة اخوات متفرقات او ام واخت لام واخت لاب او نصف وثلث كام واخت لاب او اخوين لام واخت لابوين او لاب ولا يتصور ان يجتمع في باب الرد اكثر من ثلاث طوايف فاذا جعلت المسئلة من سهامهم تحقق رد الفاضل عليهم بقدر سهامهم وهذان النوعان اللذان ذكرناهما احدهما ان يكونوا جنسا واحدا والاخر اكثر من ذلك فيما اذا لم يختلط بهم من لا يرد عليه وبقي النوعان الاخران وهما اذا اختلط بكل واحد من النوعين من لا يرد عليه قال رحمه الله ولو كان مع الاول من لا يرد عليه اعط فرضه من اقل مخارجه ثم اقسم الباقي على من يرد عليه كزوج وثلاث بنات اى لو كان مع الاول وهو ما اذا كانوا جنسا واحدا من لا يرد عليه وهو احد الزوجين اعط فرض من لا يرد عليه من اقل مخارج فرضه ثم اقسم الباقي على روس من يرد عليه ان استقام الباقي عليهم كزوج وثلاث بنات للزوج الربع فاعطه من اقل مخارجه وهو اربعة فاذا اخذ ربعه وهو سهم بقي ثلاثة اسهم فاستقام على روس البنات قال رحمه الله وان لم يستقم فان وافق روسهم كزوج وست بنات فاضرب وفق روسهم في مخرج فرض من لا يرد عليه والا فاضرب كل روسهم في مخرج فرض من لا يرد عليه كزوج وخمس بنات اى ان لم ينقسم الباقي بعد فرض من لا يرد عليه على عدد روس من يرد عليه ينظر فان كان بين الباقي من فرض من لا يرد عليه وبين روسهم موافقة فاضرب وفق روسهم في مخرج فرض من لا يرد عليه كزوج وست بنات فان بينهما موافقة بالثلث فرد روسهم الى ثلثها اثنين ثم اضربه في اربعة وان لم يوافق الباقي روسهم كزوج وخمس بنات فانه لا موافقة بين الخمسة والثلاثة فاضرب جميع روسهن وهو الخمسة في الاربعة فالمبلغ في الوجهين تصحيح المسئلة فتصح في الاول من ثمانية وفي الوجه الثاني من عشرين لانك في الاول ضربت اثنين في اربعة وفي الثاني خمسة في اربعة فيأخذ الزوج في الاول سهمين تبقى ستة فلكل واحد من البنات سهم ويأخذ في الثاني خمسة فيقسم الباقي على خمسة يصيب كل واحد منهن ثلاثة اسهم قال رحمه الله ولو كان مع الثاني من لا يرد عليه المراد بالثاني ان يكون طايفتان او اكثر اى لو كان مع الطايفتين اى الذي من لا يرد عليه [illegible] من يرد عليه وهو [illegible] قال رحمه الله فاقسم ما بقي من مخرج فرض من لا يرد عليه على مسئلة [illegible] اربع جدات وست اخوات لام للزوجة الربع [illegible] بقي ثلاثة تنقسم على ثلاثة لان سهامهن ثلاثة [illegible] قال رحمه الله

ك

اخوات الربع واحد ... والرؤس فالحدة فضربنا
في ستة وسهامهن موافقة بالنصف ... الاخوات الى نصفها وهو ثلاثة ثم طلبنا التوافق بين اعداد الرؤس والرؤس فالحدة فضربنا
وفق ... الاخوات وهو ثلاثة في كل عدد ... الجدات وهو اربعة حصل اثنى عشر ثم ضربناها في ... التي هي مخرج فرض من لا يرد عليه فصار ثمانية
واربعين فيه تصح المسئلة ... فضربناه في ذلك المضروب فكان اثنى عشر فهي لهن وكان للجدات ايضا واحد ونضربه يحصل اثنى عشر فلكل واحدة منهن
ثلاثة وكان للاخوات لام ... فيبلغ اربعة وعشرون فلكل واحدة منهن اربعة سهم شريف

فاضرب الخمسة في الثمانية يبلغ اربعين فمنه مخرج سهام كل واحد صحيحا فللزوجات الثمن خمسة والباقي
لمن يرد عليه فيما بقي **قال رحمه الله** ثم اضرب سهام من لا يرد عليه في مسئلة من يرد عليه سهام من يرد عليه فيما بقي سهام صح
من مخرج فرض من لا يرد عليه وهذا البيان طريق معرفة الزوجات في المثال الذي ضربه فاضرب سهما
في خمسة فهو نصيبهن واذا اردت معرفة نصيب البنات فاضرب سهامهن من خمسة وهو اربعة
فيما بقي من فرض من لا يرد عليه وهو سبعة يبلغ ثمانية وعشرين فهو لهن وللجدات سهم مضروب
في سبعة بسبعة وانما كان الضرب على ما ذكر لان الخمسة لما ضربت في الثمانية وجب ان يضرب
سهام كل فريق من الثمانية في الخمسة وسهام الزوجات واحد من الثمانية والباقي لمن يرد عليه وهو
سبعة فتضرب في الخمسة يبلغ خمسة وثلاثين فصارت السبعة مضروبة في خمسة بالنسبة
الى اصل المسئلة اى مسئلة من يرد عليه لان كل من له شيء من الثمانية مضروب في خمسة وكذا الخمسة
مضروبة في نصيب كل واحد من الثمانية لان كل عدد ضرب في عدد يكون كل واحد منهما مضروبا
ومضروبا فيه ولهذا اعيد العبارة بقوله وسهام من يرد عليه فيما بقي من مخرج فرض من لا يرد عليه
او لتغير العمل فاذا عرف فروض الفريقين بما ذكر يحتاج الى معرفة التصحيح ولهذا بينه **قال رحمه الله**
واذا انكسر فصحح كما مر اى اذا انكسر على البعض او على الكل فصحح المسئلة بالطريق المذكورة في التصحيح كما
لان السهام اذا لم تنقسم على اربابها احتيج الى التصحيح وما ذكر في هذا الباب من الضرب لم يكن الا لتخرج
سهام كل فريق ممن يرد عليه وممن لا يرد عليه من عدد واحد كما ذكر في مخارج السهام لا التصحيح المسئلة
عليهم وقد ذكرنا طريق التصحيح وطريق معرفة سهام كل فريق وطريق معرفة سهام كل واحد من
احاد الفريق فلا نعيده والمثال الاول الذي ذكره المصنف وهو زوجة واربع جدات وست اخوات لام
تصح من ثمانية واربعين والمثال الثاني وهو اربع زوجات وتسع بنات وست جدات يصح من الف
واربعمائة واربعين **قال رحمه الله** وان مات البعض قبل القسمة اى اذا مات بعض الورثة قبل قسمة
التركة وتسمى هذا النوع من المسائل مناسخة مفاعلة من النسخ وهو الازالة يقال نسخت الشمس الظل
اذا ازالته ومنه نسخت الكتاب واستعماله فيما اذا صار بعض الانصباء ميراثا قبل القسمة لما فيه من
نقل العمل والتصحيح الى الفريضة الثانية **قال رحمه الله** فصحح مسئلة الميت الاول واعط سهام كل وارث
ثم صحح مسئلة الميت الثاني وانظر بين ما في يده من التصحيح الاول وهو نصيبه من الميت الاول وبين
التصحيح الثاني ثلاثة احوال اى التوافق والتباين والاستقامة فان استقام ما في يده من التصحيح
الاول على التصحيح الثاني فلا ضرب وصحتا من تصحيح مسئلة الميت الاول اى صحت الفريضتان
فريضة الميت الاول والثاني مما صحت منه الاولى وان لم تستقم فان كان بينهما موافقة اى بين ما
في يده وهو نصيبه من الاول وبين فريضته وهو ... التصحيح الثاني في كل
التصحيح الاول وان كان بينهما مباينة اى بين ما في يده ... التصحيح الثاني فاضرب
كل التصحيح الثاني في التصحيح الاول فالمبلغ مخرج ... التصحيح الفريضتين
الميت الاول وفريضة الميت الثاني وانما كان النظر بين ما في يده ...
الاول وبين فريضته في ثلاثة احوال الاستقامة والموافقة ...
من الفريضة الاولى مقسوم على فريضته ...
الاول نظر نصيبه من اصل المسئلة كما ينظر ...
فكذا بينهما حتى اذا انقسم ما في يده على فريضته ...
المسئلة على رؤسهم وان لم تنقسم فان وافق تضرب وفق فريضته ...

٣٢٧

ثم تقول كان للزوجات ثلاثة من سبعة عشر التي هي اصل المسئلة ضربناها فيما ضربنا فيه المسئلة وهو ستون بلغ مائة وثمانين فلكل زوجة خمسة واربعون
وكان للخمس الاخوات لام اربعة ونضربها في الستين يحصل مائتان واربعون فلكل منهن ثمانية واربعون وكان للثلاث الجدات سهمان ونضربهما في
الستين يحصل مائة وعشرون فلكل جدة اربعون وكان للثلاث الاخوات لاب ثمانية ونضربها في الستين يبلغ اربعمائة وثمانين فلكل منهن مائة وستون
فالمجموع الف وعشرون هـ

ورؤسهن ايضا فاجتمع معنا من الرؤس خمسة وثلاثة وسبعة واربعة فطلبنا الموافقة بين الرؤس فوجدناها متباينة فضربنا
الخمسة في الثلاثة فحصل لنا خمسة عشر فوجدناها ايضا بين الخمسة عشر والاربعة متباينة فضربناها فيها فحصل لنا ستون وبين
الستين والسبعة ايضا مباينة ونضربها فيها فحصل اربعمائة وعشرون ثم نضرب الاربعمائة والعشرين في اصل المسئلة
التي هي سبعة عشر فحصل سبعة الاف
ومائة واربعون ومنها تصح المسئلة
هـ

مثاله اربع زوجات وخمس اخوات لام وثلاث جدات وثلاث اخوات لاب اصلها من اثنى عشر وتعول
الى سبعة عشر ولا ينقسم على الكل ولا توافق فعدد الاخوات لاب يماثل الجدات فيستغنى باحدهما
فتضرب ثلاثة في اربعة يبلغ اثنى عشر ثم في خمسة يبلغ ستين ثم يضرب الستين في الفريضة وهي
سبعة عشر يبلغ الفا وعشرين فمنها تصح المسئلة ٣ **قال رحمه الله** وان توافق فالوفق والا فالعدد في العدد
ثم وثم ثم المبلغ في الفريضة وعولها اى اذا حصل توافق بين اعداد الرؤس فاضرب وفق احدهما
في جميع الاخر وان لم يحصل توافق فاضرب جميع احدهما في جميع الاخر ثم اضرب ما بلغ في وفق الثالث ان
وافق المبلغ وان لم يوافق فاضرب كله فيه فما بلغ فاضربه في الفريضة فما بلغ منه تصح المسئلة ولو
كان فريق رابع ضربت فيه ما بلغ من ضرب الرؤس في الرؤس ان لم يوافقه وان وافقه ففي الوفق ثم ما
بلغ في اصل المسئلة فما بلغ منه تصح فمثال الموافقة اربع زوجات وثمانية عشر اختا لام واثنا عشر
جدة وخمس عشرة اختا لاب اصلها من اثنى عشر وتعول الى سبعة عشر فالزوجات الربع ثلاثة لا تنقسم
عليهن ولا توافق والاخوات لام الثلث اربعة لا تنقسم عليهن وتوافق بالنصف فرد رؤسهن الى النصف
تسعة وللجدات السدس سهمان لا تنقسم عليهن وتوافق بالنصف فرد رؤسهن الى النصف ستة والاخوات
لاب الثلثان ثمانية لا تنقسم عليهن ولا توافق فبين خمسة عشر والستة موافقة بالثلث فاضرب ثلث
احدهما في جميع الاخر يبلغ ثلثين ثم بين الثلاثين والتسعة موافقة بالثلث فاضرب ثلث احدهما في
جميع الاخر يبلغ تسعين ثم بين التسعين والاربعة موافقة بالنصف فاضرب نصف احدهما في جميع الاخر يبلغ
مائة وثمانين ثم اضرب المائة والثمانين في الفريضة وهي سبعة عشر يبلغ ثلاثة الاف وستين
منها تصح ومثال المباينة خمسة اخوات لاب وثلاث اخوات لام وسبع جدات واربع زوجات اصلها
من اثنى عشر الى سبعة عشر فالاخوات لاب الثلثان ثمانية لا تنقسم عليهن ولا توافق والاخوات
لام الثلث اربعة لا تنقسم عليهن ولا توافق والجدات السدس سهمان لا ينقسم عليهن ولا يوافق
والزوجات الربع ثلاثة لا تنقسم عليهن ولا توافق فالخمسة لا توافق الثلاثة فاضرب احدهما في الاخرى
يبلغ خمسة عشر وخمسة عشر لا توافق الاربعة فاضرب احدهما في الاخرى يبلغ ستين والستون
لا توافق السبعة فاضرب احدهما في الاخرى يبلغ اربعمائة وعشرين ثم اضرب اربعمائة وعشرين في
الفريضة وهي سبعة عشر يبلغ سبعة الاف ومائة واربعين فمنها تصح ثم اذا اردت ان تعرف نصيب
كل فريق على حدة من التصحيح فاضرب سهام كل فريق فيما كان لهم من اصل المسئلة فما بلغ فاضربه في
عدد رؤس فريق مخالف لهم ان لم تكن بينهما موافقة فان كان بينهما موافقة فاضربه في الوفق فما
بلغ فاضربه في عدد رؤس الفريق الثالث او في وفقه وهكذا تفعل الى منتهى الرؤس فما بلغ فهو
نصيب ذلك الفريق ... ما كان لهم من المسئلة في مبلغ الرؤس والمبلغ من الضرب نصيبهم
واذا اردت ان تعرف نصيب كل واحد من احاد الفريق ضربت رأس كل واحد منهم فيما كان لهم من اصل
المسئلة فما ... ان كان بين رؤسهما مباينة وان كان بينهما موافقة
... الثالث او في وفقه ان كان بينهما موافقة فما بلغ
... فهو نصيب كل واحد من احاد ذلك الفريق وان شئت
... فيما كان لهم من اصل المسئلة فما بلغ
... ان تقسم ما كان لكل فريق من اصل المسئلة
... الرؤس فما بلغ فهو نصيب كل واحد من احاد ذلك
... من اصل المسئلة الى عدد رؤسهم ... وجدت نسبته اخذت
... تسعة وخمسة عشر واحد ... للسعيد
... والاربعين في السبعة التي هي اصل المسئلة
... المسئلة ...

صحيح و ثلاثة اثمان فيضرب الواحد في المضروب في اصل المسئلة وهو اربعمائة وعشرون يحصل اربعمائة وعشرون ويضرب الثلاثة الاثمان ايضا فيها
يحصل مايتان واثنان وخمسون فنضربها الى الاربعمائة وعشرين يحصل ستمائة واثنين وسبعون فهي نصيب كل اخت لاب وكان الاخوات لام منها
اربعة فاذا قسمت على رؤسهن الثلاثة حصل لكل واحدة واحد صحيح وثلث فنضرب الواحد في المضروب يحصل اربعمائة وعشرون ويضرب الثلث
فيه يحصل مائة واربعون مجموع ذلك خمسمائة وستون فهي نصيب كل اخت لام وهكذا في الجدات والزوجات ١٢

بمثل تلك النسبة من مبلغ الرؤس فهو نصيب كل واحد من احاد ذلك الفريق وله طريق اخر مذكورة
في المطولات **قال رحمه الله** وما فضل يرد على ذوي الفروض بقدر فروضهم الا على الزوجين اي يرد ما فضل
عن فرض ذوي الفروض اذا لم يكن ثم عصبة على ذوي الفروض بقدر سهامهم الا الزوجين فانهما
لا يرد عليهما وهو قول عامة الصحابة رضي الله عنهم وبه اخذ اصحابنا وقال زيد بن ثابت رضي الله عنه
الفاضل لبيت المال وبه اخذ مالك والشافعي رحمهما الله وقال عثمان بن عفان يرد على الزوجين
ايضا لان الفريضة لو دخلها نقص بالعول عالت على الكل فوجب ان يكون ضده من الزيادة للكل
ليكون الخراج بالضمان والغنم بالغرم وجه من منع الرد مطلقا ان النص قدر فرض كل واحد
من الورثة فلو تجوز الزيادة عليه ولان المقادير لا يمكن اثباتها بالراي فامتنع اصلا ولنا قوله تعالى
واولوا الارحام بعضهم اولى ببعض في كتاب الله وهو الميراث فيكون اولى من بيت المال ومن
الزوجين الا فيما ثبت لهما بالنص وكان ينبغي ان يكون ذلك لجميع ذوي الارحام لاستوائهم في هذا
الاسم الا ان اصحاب الفرايض تقدموا على غيرهم من ذوي الارحام لقوة قرابتهم الا ترى انهم يقدمون
في الارث فكانوا احق به ومن حيث السنة ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم دخل على سعد يعوده
فقال يا رسول الله ان لي مالا ولا يرثني الا ابنتي الحديث ولم ينكر عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم
حصر الميراث على ابنته ولولا ان الحكم كذلك لانكر عليه ولم يقره على الخطاء لا سيما في موضع
الحاجة الى البيان وكذا روي ان امراة اتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله اني تصدقت
على امي بجارية فماتت امي وبقيت الجارية فقال وجب اجرك ورجعت اليك في الميراث فجعل الجارية
راجعة اليها بحكم الميراث وهذا هو الرد ولان اصحاب الفرايض ساووا الناس كلهم وترجحوا بالقرابة
فيرجحون بذلك على غيرهم من المسلمين وروي عن ابن مسعود رضي الله عنه انه لم يرد على بنت ابن
مع بنت الصلب ولا على اخت لاب مع الاخت لابوين ولا على اخوة من ام مع الام ولا على جدة لان
لا يكون وارث غيرها وبه اخذ علقمة لان الفاضل من الفرض ماخوذ بطريق العصوبة فيقدم
فيه الاقرب فالاقرب وميراث الجدة السدس كان طعمة فلا يزاد عليه الا ان لا يكون ثمت وارث
غيرها فتكون هي اولى من الاجانب قلنا هذا الرجحان غير معتبر شرعا ولهذا لم يحجب البعض بالبعض
ودخل النقص على الكل عند النقص بالعول غير انه اثر في تفضيل النصيب عند الاجتماع فيفضل
في الفاضل ايضا وادخال النقص على الزوجين بالعول مما يوافق الدليل النافي لارثهما لان ارثهما
ثبت بالنص على خلاف القياس واخذ الزيادة مما يخالف النافي لارثهما فلم يمكن اثباته بالقياس
لان ما ثبت على خلاف القياس يقتصر عليه وتقدير النصيب لكل واحد من الاقارب تخصيص بالذكر
وذلك لا يمنع استحقاق الزيادة ولا يتعرض لها اصلا لا بالنفي ولا بالاثبات فيثبت بما بيناه بدليل اخر
على ما ذكرناه ولان النصوص المذكورة في تعيين النصيب [illegible] ولا لاخو بطريق
الرد ليس بفرض وانما هو بطريق العصوبة فلا [illegible] كما ثبت ذلك في بعض
العصبات حيث ياخذ الفرض بالنص ثم ياخذ الباقي [illegible] الزيادة على النص وانما
هو عمل بمقتضى الدليلين ولم نثبته بالراي بل بالنص [illegible]
اما ان يكونوا جنسا واحدا او اكثر عند عدم من لا [illegible]
هذه الاربعة على ما يجيء في اثناء البحث **قال رحمه الله** [illegible]
كبنتين واختين لانهما استويا في الاستحقاق [illegible]
وكذا الجدتان لما ذكرنا والمراد بالاختين ان يكونا من جنس واحد [illegible]

[illegible] فالحاصل في مسئلتنا هذه من ضرب الرؤس [illegible]
[illegible] من السبعة عشر التي هي اصل المسئلة وهو ثمانية في المبلغ الذي حصل من ضرب الرؤس
[illegible] فيكون لكل اخت لاب منها [illegible] واذا ضربت
[illegible]

٢٢٣

في الفريضة الاولى كما في الرد كذلك فاذا عرف ذلك نحتاج الى بيان طريق معرفة نصيب كل واحد من
ورثة الاول والثاني بالطريق المذكور في التصحيح وقد بينه في المختصر **قال رحمه الله** واضرب سهام
ورثة الميت الاول في التصحيح الثاني او في وفقه وسهام ورثة الميت الثاني في نصيب الميت الثاني
او في وفقه اي في نصيبه من الفريضة الاولى وان كان فيهم من يرث من الميتين ضربت نصيبه من الاولى
في الفريضة الثانية او في وفقها ونصيبه من الثاني فيما في يد الميت الثاني او في وفقه وانما ضرب
سهام كل وارث من الميت الاول في الفريضة الثانية او في وفقها لان الثانية او وفقها مضروب في
الاولى فنصيب كل واحد يكون مضروبا بالضرورة فلذلك وجب ضربه فيه وكان ينبغي ان يضرب نصيب
الميت الثاني وهو الذي في يده في الثانية او في وفقها لانه من جملة ورثة الميت الاول الا ان نصيبه
لما صار ميراثا كان مستحقا للورثة فكان مقسوما بينهم فاستغنى عن ذلك بضرب نصيب كل واحد من
ورثته فيما في يده او فيما في وفق يده وهو نظير ما ذكر في الرد ان سهام من لا يرد عليه يضرب في سهام
من يرد عليه وسهام من يرد عليه يضرب فيما بقي من مخرج فرض من لا يرد عليه ولو مات ثالث قبل القسمة
فاجعل المبلغ الثاني مقام الاولى والثالث مقام الثانية في العمل ولو مات رابع فاجعل المبلغ الثالث مقام
الاولى والرابع مقام الثانية وهكذا كلما مات واحد قبل القسمة تقيم مقام الثانية والمبلغ الذي قبله
مقام الاولى الى ما لا يتناهى هذا اذا مات الثاني وخلف ورثة غير من كان معه في ميراث الميت الاول
او كانوا هم بعضهم ولكن جهة ارثهم من الميتين مختلفة وان كانوا هم بعضهم ولم يخلف غيرهم من الورثة
وجهة ارثهم من الميتين متحدة العصبة جميع من مات قبل القسمة وصحت فريضة الميت الاخير فكانه
لم يكن وارثا غير ورثته وهذا النوع يسمى التناسخ الناقص كما اذا مات شخص وخلف
بنين وبنات ثم مات واحد منهم قبل القسمة فخلف هؤلاء الذين كانوا معه في الميراث الاول
ولم يخلف غيرهم [illegible] ولا يحتاج الى تصحيح فريضة الميت الاول وكذا لو
مات منهم واحد ولم يخلف غيرهم من الورثة تقسم [illegible] غيرهم [illegible] ان هذا الباب يحتاج
فيه الطالب الى التامل وكثرة التصوير وضبط الحاصل لكل ميت فانه قد يحصل له من بعض المواريث
مستقيما على مسئلته ومن بعضهم غير مستقيم وقد لا ينقسم كل واحد على الانفراد وينقسم المجموع وينبغي
ان ينظر ذلك عند انتهاء تصحيح فريضة كل ميت ثم ينظر بعد انتهاء الجميع وجمع نصيب كل وارث هل
بين التصحيح وبين الحاصل لكل وارث موافقة بجزء كالنصف والربع وغير ذلك فان وجدت بينهما
موافقة بجزء رددت التصحيح الى جزء الوفق وكذلك الحاصل لكل وارث طلبا للاختصار فان وافق
بالنصف مثلا رددت المبلغ الى نصفها ورددت نصيب كل وارث الى نصفه فتعطيه له ومثل هذا
لو يتفق الا في المناسخة [illegible] الامثلة في المناسخة ونحن نذكر بعض الامثلة
ليكون الطالب [illegible] تصحيح ما حدث من الواقعات فنقول اذا ماتت امراة وتركت
[illegible] امراة وابوين ثم ماتت البنت عن ابنين وبنت
[illegible] الاولى وهي مسئلة المراة ردية تصح من ستة
[illegible] الثانية وهي مسئلة الزوج تصح من اربعة
[illegible] الثالثة مسئلة البنت تصح من ستة
[illegible] ثلث مسئلتها وهي اثنان في ستة عشر
[illegible] من ستة عشر مضروب في اثنين
[illegible] ما في يده وهو ثلاثة والمسئلة الرابعة مسئلة الجدة

تصح من اربعة وسهامها تسعة من اثنين وثلاثين اجتمع لها من بنتها ستة ومن بنت بنتها ثلاثة
وتسعة لا تنقسم على اربعة ولا توافق فاضرب اربعة في اثنين وثلاثين تبلغ ماية وثمانية وعشرين
فمنها تصح المسائل كلها فمن كان له شي من اثنين وثلاثين مضروب في اربعة ومن كان له شي من الاربعة
مضروب فيما في يدها وهو تسعة ولو تركت زوجة وابنا وبنتا وام ثم مات الابن قبل القسمة
وخلف ابنتين وزوجة وجدا وجدة ثم ماتت الجدة عن بنتي ابن ابن وهما البنتان في الثانية
وزوجا وهو الجد في الثانية والاب فالمسئلة الاولى تصح من اثنين وسبعين للام اثنا عشر وللزوجة
تسعة وللبنت سبعة عشر وللابن اربعة وثلاثون والمسئلة الثانية وهي مسئلة الابن تصح من
سبعة وعشرين للبنتين ستة عشر وللزوجة ثلاثة ولكل واحد من الجد والجدة اربعة وفي يده
اربعة وثلاثون لا تنقسم على فريضته ولا توافق فاضرب فريضة الثاني وهي سبعة وعشرون في الاولى
وهو اثنان وسبعون تبلغ الفا وتسعماية واربعة واربعين فللبنت سبعة عشر من الاولى مضروبة
في جميع الثانية وهي سبعة وعشرون تبلغ اربعماية وتسعة وخمسين وللام من الاولى اثنا عشر مضروبة
في سبعة وعشرين تبلغ ثلثماية واربعة وعشرين وللزوجة الاولى تسعة مضروبة في سبعة وعشرين
تبلغ ماتين وثلاثة واربعين وللبنتين في الثانية ستة عشر مضروبة فيما في يد الميت الثاني وهو
اربعة وثلاثون تبلغ خمسماية واربعة واربعين وللزوجة ثلاثة مضروبة في اربعة وثلاثين
وهو ما في يد الميت الثاني تبلغ ماية واثنين ولكل واحد من الجد والجدة اربعة مضروبة في اربعة
وثلاثين تبلغ ماية وستة وثلاثين والمسئلة الثالثة وهي مسئلة الجدة تصح من اثني عشر وفي يدها
ماية وستة وثلاثون وهي لا تنقسم على فريضتها وتوافقها بالربع فاضرب ربع فريضتها وهو ثلاثة
في الاولى وهو الف وتسعماية واربعة واربعون تبلغ خمسة الاف وثمان ماية واثنين وثلاثين
فمنها تصح الفريضتان ثم من له شي من الاولى يضرب في [illegible] الثالثة وهي ثلاثة ومن له شي من الثالثة
يضرب في وفق ما في يدها وهو اربعة وثلاثون للبنت الاولى من الاولى اربعماية وتسعة وخمسون
مضروبة في ثلاثة تبلغ الفا وثلثماية وسبعا وسبعين وللام الاول من الاولى ثلثماية واربعة
وعشرين مضروبة في ثلاثة تبلغ تسعماية واثنين وسبعين وللزوجة الاولى من الاولى ماتان وثلاثة
واربعون في ثلاثة تبلغ سبعماية وتسعة وعشرين ولبنتي الثاني من الاولى خمسماية واربعة واربعون
مضروبة في ثلاثة تبلغ الفا وستماية واثنين وثلاثين لكل واحدة ثمانماية وستة عشر وللزوجة
الثاني من الاولى ماية واثنان مضروبة في ثلاثة تبلغ ثلثماية وستة وللجد من الاولى ماية وستة وثلاثون
مضروبة في ثلاثة تبلغ اربعماية وثمانية ولبنتي ابن ابن الجدة من فريضة الجدة وهي الاخيرة ثمانية
مضروبة في وفق ما في يد الجدة وهو اربعة وثلاثون [illegible] سبعين وللزوج الجدة
من فريضتها ثلاثة مضروبة في وفق ما في يدها وهو [illegible]
في الثانية جدا وللاخ الجدة سهم من فريضتها [illegible]
قال رحمه الله
[illegible] يعرف حظ كل فريق من التصحيح بضرب [illegible]
اي يعرف نصيب كل فريق من التصحيح [illegible] نصيب [illegible]
في الفريضة [illegible] نصيب ذلك [illegible]
[illegible]

[illegible] اذا اعطيت [illegible] نصف واذا اعطيت [illegible] من المضروب [illegible]
[illegible] وبضعفه كان ثمانماية وخمسة عشر واذا انسبت سهام البنات وهو ستة عشر الى عدد [illegible]
[illegible] فاذا اعطيت كل بنت مثل المضروب [illegible] كان لها ثلثماية وستة وثلاثون واذا انسبت سهام الجدات [illegible]
لعدد رؤسهن وهو ستة كانت النسبة ثلثي واحد فاذا اعطيت كل جدة ثلثي المضروب كان لها ماية واربعون واذا انسبت سهام الاعمام [illegible]
عدد رؤسهم وهو سبعة كانت النسبة سبع واحد فاذا اعطيت كل واحد منهم سبع المضروب اعني [illegible]

مثل تلك النسبة من المضروب فيخرج نصيب كل واحد منهم ومعنى قوله مفردا ان ينسب الى فريق
واحد من غير ضم فريق اخر [illegible] النسبة وهذه المسئلة والتي قبلها موضعهما باب التصحيح
وقد ذكرناهما هناك وقد [illegible] او تعدلها قال رحمه الله وان اردت قسمة التركة بين الورثة
او الغرماء فاضرب سهام كل وارث من التصحيح في كل التركة ثم اقسم المبلغ على التصحيح وكذا الدين
ان يضرب دين كل غريم في التركة ويقسم الخارج على مجموع الدين وهذا اذا لم يكن بين التركة
والتصحيح ولا بين التركة ومجموع الدين موافقة واذا كان بينهما موافقة فاضرب سهام كل واحد
من الورثة ودين كل غريم في وفق التركة ثم ما بلغ فاقسمه على وفق التصحيح او على وفق مجموع الدين
فالخارج من القسمة فهو نصيب ذلك الوارث او الداين لانه جعل دين كل غريم بمنزلة سهام
وارث ومجموع الدين بمنزلة التصحيح وهذا مبني على قاعدة ممهدة في الحساب وهي انه متى
اجتمع اربعة اعداد متناسبة وكان مناسبة الاول الى الثاني كنسبة الثالث الى الرابع وعلم
من تلك الاعداد ثلاثة وجهل واحد امكن استخراج المجهول من المعلوم وفيما نحن فيه اجتمع
اربعة اعداد متناسبة اولها سهام كل وارث من التصحيح وثانيها التصحيح وثالثها الحاصل لكل وارث
من التركة ورابعها جميع التركة لان نسبة السهام الى التصحيح كنسبة الحاصل له من التركة الى جميع
التركة [illegible] مجهول والباقي معلوم فاذا ضربت الطرف في الطرف كان كضرب الثاني في الثالث فكذلك
[illegible] الثاني خرج الثالث ضرورة ان كل مقدار تركب من ضرب عدد اذا قسم على احد
[illegible] عشر مثلا لما تركبت من ضرب ثلاثة في خمسة اذا قسمتها على ثلاثة
[illegible] خرج ثلاثة وهذه القاعدة هي الاصل في معرفة نصيب كل واحد
[illegible] اعداد متناسبة نصيب الفريق من اصل المسئلة
[illegible] ومبلغ الرؤس [illegible] نسبة نصيب [illegible]
[illegible] المسئلة الى عدد [illegible] الحاصل من [illegible] لكل واحد الى مبلغ الرؤس وهو المضروب في
[illegible] الثالث [illegible] الباقي معلوم و[illegible] يخرج المجهول في [illegible] الطرف [illegible]
[illegible] كانت التركة لا تفي به فدين كل غريم بمنزلة سهام [illegible] مجموع
[illegible] التصحيح فبطلت الموافقة بين مجموع الدين وبين التركة [illegible] على ما بيناه
قال رحمه الله ومن صالح من الورثة على شي فاجعله كان لم يكن واقسم ما بقي على سهام من بقي لان المصالح لما
[illegible] اعطوه [illegible] نصيبه وخرج من البين فبقي الباقي مقسوما على سهامهم وقوله
[illegible] نصيبه فكيف يمكن جعله كان لم يكن بل يجعل كانه استوفى
[illegible] اذا ماتت وخلفت زوجا واما وعما

٣٢٥

كمل النصف الاخير بعون الملك الجليل من شرح كنز الدقايق المسمى بتبيين الحقايق والله
والمنه ومنه التوفيق والعصمة تاليف الشيخ الامام العالم العامل ... المدقق كنز المتقين
مرقى السالكين فخر الدين ابو عمرو عثمان ابن علي ابن عبد الله الزيلعي ... نزيل القاهرة
الديار المصرية رحمة الله عليه توفي بالقاهرة المحروسة في سنة اربعين وسبعماية ...
تغمده الله برحمته ورضوانه في اربعة وعشرين من شهر رمضان المعظم على يد احقر العباد
الى الملك الجواد محمد بن مصطفى ابن يوسف غفر الله له ولوالديه ولمن احسن اليهما واليه و
المسلمين والمسلمات والمومنين والمومنات بجاه سيد السادات واشرف اهل الارض و...
وكان الفراغ منه يوم الخميس المبارك ١٣٤ جماد ثاني المنتظم في سلك سنة واحد وثلاثين ومائة
والف من هجرة من له العز والمجد والفخر والشرف

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله
وصحبه وسلم
آمين
م م

منع اللسان من الكلام
فاذا نطقت فكن ...

